



Universidade do Minho
Escola de Direito

Cristiana Filipa Sousa Pereira

**Venda a filhos ou a netos:
Contributo para a interpretação do
artigo 877º do Código Civil**

Outubro de 2012



Universidade do Minho

Escola de Direito

Cristiana Filipa Sousa Pereira

**Venda a filhos ou a netos:
Contributo para a interpretação do
artigo 877º do Código Civil**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação da
**Professora Doutora Maria Isabel Helbling
Menéres Campos**

Outubro de 2012

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA TESE APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ____/____/____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Quero de forma especial agradecer à Senhora Prof.^a Doutora Isabel Menéres Campos por me ter permitido, desde o início, alimentar, construir e concretizar esta ideia. Agradeço a sua profissionalidade, contributo e interesse demonstrado na realização deste projecto.

O meu sincero obrigado dirige-se ainda:

Aos meus pais, a minha razão de existir;

Ao Ricardo, pela dedicação, prestabilidade, interesse, pelas palavras de carinho e alento, pela pessoa justa e equilibrada que é e porque sempre acreditou em mim;

A quem me ensinou a importância de escutar em detrimento de ouvir;

Obrigado é pouco para abarcar tanto sentimento e emoção!

RESUMO

Sendo certo que o legislador não pode, por vezes, antecipar a realidade social, a verdade é que, ao menos, consegue fazer com que o Código Civil corresponda aos anseios e às necessidades da vida actual e, prova disso, é a consagração legal do artigo 877º no nosso Código Civil, cujo alcance e sentido daremos a conhecer na presente tese.

Dispõe o artigo 877º que pais e avós estão proibidos de celebrar contratos de compra e venda com os filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não tiverem dado o seu consentimento para tal.

Em boa verdade, muitas vezes, os contratos de compra e venda realizados entre pais e filhos ou avós e netos, nada mais são que vendas simuladas, pretendendo tais contratos encobrir verdadeiras doações. Deste modo, se a venda é feita pelos pais a um filho torna-se necessário o consentimento dos restantes filhos e não dos netos, a não ser que um filho tenha falecido, caso em que se torna necessário o consentimento dos netos descendentes do filho falecido. Se a venda é feita a um neto, e existirem filhos representantes de outras estripes, só se exige o consentimento dos filhos do vendedor e não dos netos filhos desses filhos. Se não existir o filho do vendedor, é de exigir o consentimento dos netos que sejam irmãos do comprador.

Considera-se que o artigo 877º assume carácter preventivo, inspirado no receio ou perigo de simulações aptas a esconder liberalidades de uma venda enganadora e fingida.

Não obstante esta possibilidade, o certo é que não seria admissível proibir um acto só porque ele pode ser simulado. Com isto, corria-se o risco de impedir a prática de um acto perfeitamente sério, que expresse correctamente a vontade real das partes e, certamente, de imensa serventia para as mesmas.

Por isso, não restam dúvidas que, na alienação a descendentes, a lei quer em último recurso impedir que sob a aparência de uma venda se esconda a realidade de uma doação. Proíbe-se o ascendente de vender, não porque a venda em si seja contrária ao interesse público ou a qualquer outro interesse, mas porque se receia que, em vez de vender, ele esteja a doar. Ora, sendo assim, a lei exige uma fiscalização prévia dos outros filhos ou netos ou então do Tribunal quando a venda é feita directamente a filho ou a neto, tendo em vista garantir que a venda não é simulada.

Faltando a autorização exigida ou o seu consentimento, o acto será sujeito a anulação.

ABSTRACT

Even though the legislator cannot anticipate social reality, he can sometimes enable the Civil Code to be a truthful correspondence to the needs and aspirations of current life. The legal recognition of article 877th of our Civil Code, whose range and meaning we will cover throughout this thesis, is proof thereof.

Article 877th lays down that parents and grandparents are forbidden of celebrating purchase and sale contracts with sons or grandsons, if other sons or grandsons have not given their consent for such.

Indeed, purchase and sale contracts between parents and sons or grandparents and grandsons are, many times, nothing other than simulated transactions, with the intention of covering real donations. Hence, if the sale is realized by parents to a son, the consent of the remaining sons – and not grandsons – becomes necessary, unless there is a deceased son, in which case the consent of the latter's sons becomes necessary. If the sale is realized to a grandson, and there are sons from other lineages, only the seller's sons' consent is required, and not the grandsons' (sons of those sons') consent. If a seller's son does not exist, the consent of the grandsons that are the buyer's brothers is demanded.

It is considered that article 877th assumes a preventive character, inspired by the mistrust and danger of simulations that are able to conceal liberalities of a deceitful and simulated transaction.

Regardless of this possibility, one cannot accept the prohibition of an act just because it can be simulated. This could lead to hindering an honest act which correctly expresses both parties' real will and with actual usefulness for both.

Given the above, there is no question that in what concerns disposing to a successor, the law intends as a last resource that a donation is not being concealed under the form of a sale. The parent is prohibited from selling, not because the sale per se is against public or any other interest, but because it is feared that instead of selling, he is in fact donating. If this is the case, the law demands a previous inspection of other sons or grandsons or by the Court if the sale is realized directly to a son or grandson, with the intention of guaranteeing that it is not a simulated transaction.

Absent the demanded authorization or consent, such act will be subject to nullification.

ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS	xv
INTRODUÇÃO	17

CAPÍTULO I

CONTRATO DE COMPRA E VENDA	23
1. A origem histórica do contrato	23
2. À procura de uma definição de contrato.....	25
2.1 O contrato: algumas características deste negócio jurídico.....	26
2.1.1 Negócio jurídico sinalagmático e não sinalagmático	26
2.1.2 Negócios jurídicos solenes e não solenes	29
2.1.3 Negócios jurídicos reais e negócios jurídicos consensuais	32
2.1.4 Negócios jurídicos obrigacionais, familiares e sucessórios	33
2.1.5 Negócios jurídicos recipiendos e negócios jurídicos não recipiendos.....	34
2.1.6 Negócios jurídicos <i>inter vivos</i> e negócios jurídicos <i>mortis causa</i>	35
2.1.7 Negócios jurídicos patrimoniais e não patrimoniais.....	35
2.1.8 Negócios jurídicos onerosos e negócios jurídicos gratuitos	35
2.1.9 Negócios jurídicos comutativos e negócios jurídicos aleatórios.....	37
2.1.10 Negócios jurídicos a título universal e negócios jurídicos a título singular.....	38
3. Encontro da definição de contrato	38
4. Contrato de compra e venda: o mais importante dos contratos	39
4.1 Conceito do contrato de compra e venda	39

4.2	Classificação do contrato de compra e venda.....	40
4.2.1	Contrato típico	40
4.2.2	Contrato oneroso.....	41
4.2.3	Contrato sinalagmático	41
4.2.4	Contrato de natureza real, obrigacional e de execução instantânea	42
4.3	Forma do contrato de compra e venda	44
4.4	O registo no contrato de compra e venda	45
5.	Efeitos essenciais do contrato de compra e venda.....	48
5.1	Efeitos reais:	48
5.1.1	A alínea a) do artigo 879º	48
5.2	Efeitos Obrigacionais:	53
5.2.1	A alínea b) do artigo 879º	53
5.2.2	A alínea c) do artigo 879º	57
6.	Considerações finais	60

CAPÍTULO II

	O PRINCÍPIO DA LIBERDADE CONTRATUAL E AS RESTRIÇÕES NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA	63
1.	O princípio da liberdade contratual: origem histórica	63
2.	Codificação do princípio da liberdade contratual: O artigo 405º do Código Civil	67
3.	O princípio da liberdade contratual e o contrato de compra e venda	68
4.	O princípio da liberdade contratual e o artigo 877º do Código Civil	70

CAPÍTULO III

	A PROIBIÇÃO DA VENDA A FILHOS OU A NETOS.....	73
1.	Interpretação do artigo 877º do Código Civil.....	75
1.1	Razões da proibição.....	75

1.2	Pressupostos de aplicação do artigo 877º do Código Civil	80
1.3.1	Venda de bisavós a bisnetos	81
1.3.2	Venda por interposta pessoa	82
1.3.3	Venda de ascendente a sociedade	86
1.3.4	Venda a enteados	91
1.3.5	Venda a genro ou a nora	92
1.4	Âmbito objectivo do artigo 877º do Código Civil.....	94
1.4.1	Da dação em cumprimento	94
1.4.2	A cessão onerosa de quota social.....	96
1.4.3	A troca ou escambio	97
1.5	Consentimento	98
2.	O escopo da proibição e a sua conexão com o direito sucessório	104
2.1	A família – breve história	104
2.1.1	O casamento na nossa actual sociedade.....	105
2.2	Parentesco.....	107
2.3	Partilha em vida.....	108
2.4	O direito sucessório – breves considerações	111
2.5	Sucessão legítima	112
2.5.1	Noção	112
2.5.2	Fundamentos da sucessão legítima	113
2.5.3	Os sucessíveis legítimos	113
2.5.4	Princípios gerais da sucessão legítima.....	115
2.6	A sucessão legitimária.....	116
2.6.1	Breves considerações	116
2.6.2	Noção	117
2.6.3	Natureza jurídica da legítima.....	118
2.6.4	Autonomia da sucessão legitimária face a outras modalidades de sucessão	119
2.6.5	Herdeiros legitimários.....	120

2.6.6	O cônjuge como herdeiro legitimário	121
2.6.7	Cálculo da legítima	123
2.7	Colação	126
2.7.1	Noção e Fundamento	126
2.7.2	Pressupostos da colação.....	128
2.7.3	Objecto da colação.....	130
2.7.4	A obrigação de conferir	132
2.7.5	Como se efectua a colação.....	134
2.8	A imputação.....	134
2.9	A qualificação como Herdeiro.....	135
2.10	A tutela da legítima	136
2.10.1	A cautela sociniana	137
2.10.2	Legado em substituição e por conta da legítima.....	138
2.11	A redução por inoficiosidade.....	139
2.11.1	Ordem da redução.....	140
2.11.2	Modo como opera a redução por inoficiosidade.....	140
3.	Considerações finais	141

CAPÍTULO IV

ANÁLISE DA QUESTÃO DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO..		145
1.	Considerações gerais	145
2.	A ineficácia dos negócios jurídicos	146
3.	Inexistência e invalidade – nulidade e anulabilidade – dos negócios jurídicos	146
3.1	Inexistência e invalidade	147
3.2	Nulidade e anulabilidade	149
3.2.1	Nulidade.....	150
3.2.2	Anulabilidade.....	153
3.2.3	Confirmação.....	156

3.2.4	Efeito anulatório	158
4.	O regime da anulabilidade do artigo 877º do Código Civil	159

CAPÍTULO V

	PRESPECTIVA CRÍTICA	165
1.	Breves considerações.....	165
2.	Críticas ao artigo 877º do Código Civil.....	166
	CONCLUSÃO	181
	BIBLIOGRAFIA	185

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art(s). – Artigo(s)

Al(s). – Alínea(s)

Ac. – Acórdão

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CJ – Colectânea de Jurisprudência

C.P.C – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CRegPred – Código Registo Predial

Cit. – Citada

ex. – Exemplo

N(s). – Número(s)

NR – Nota de Rodapé

Ob. – Obra

p. Página

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – Seguinte(s)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

Vol. - Volume

INTRODUÇÃO

Nos começos da humanidade era já admitida, ainda que de forma muito precária, a compra e venda traduzindo-se no comércio e troca de certos produtos. Estava longe de assumir os contornos processuais e legais que hoje lhe são aplicáveis, mas os sujeitos através da troca satisfaziam as suas necessidades de certos bens.

A compra e venda assumia, assim, entre os povos primitivos, a mais importante forma de circulação de riquezas, dando azo ao desenvolvimento de um país e, por conseguinte, possibilitando a aproximação dos interesses dos homens. Eles sabiam que os bens que possuíam em quantidades excessivas podiam trocar por bens que lhes faziam falta.

Com a evolução da humanidade acentua-se, cada vez mais, a necessidade urgente da troca de produtos de países e regiões diferenciadas com vista a assegurar a sua subsistência.

Deste modo, e devido ao aumento significativo das trocas movidas pelos interesses frenéticos dos povos, surgem assim as chamadas feiras populares e a circulação de pessoas por percursos atractivos para o comércio importando e exportando as novidades artísticas, culturais, produtivas, industriais, linguísticas.

Ora se assim é, o regime de troca não conseguia assegurar por si só o sistema económico devido ao ilimitado número de pessoas envolvidas na mesma. Assim, e como consequência, surge a moeda estabelecendo, definitivamente, a compra e venda.

É inegável, hoje em dia, que o Direito, tido fundamentalmente como instrumento de regulamentação das condutas humanas, se encontra em constante mutação. Ele será um espelho da transformação social que invariavelmente influencia a sua criação e aplicação. Porém, no que concerne à evolução do contrato de compra e venda tal como hoje o conhecemos, ele foi-se adaptando, como é óbvio, ao progresso das civilizações, mas nunca vai deixar de se traduzir na forma primitiva das relações do homem com o seu semelhante.

Entre nós, a compra e venda encontra-se regulada no art. 874º do CC⁽¹⁾ que nos diz que *compra e venda é o contrato pelo qual se transfere a propriedade de uma coisa ou de um direito, mediante um preço*. É um contrato de natureza real e obrigacional, tendo três efeitos essenciais decorrentes do art. 879º do CC: transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito (al. a)); obrigação da entrega da coisa (al. b)) e, obrigação de pagamento do preço (al. c)). Neste sentido, a compra e venda funda-se na transmissão de uma coisa que pode ser móvel ou imóvel contra a entrega do preço.

Com o contrato de compra e venda opera-se a transferência da titularidade de um direito – vendedor para o comprador – sendo que ao vendedor incumbe a entrega da coisa ao comprador e, este último, incumbe-lhe o pagamento do preço ao vendedor.

Note-se, porém, que não fica a transmissão da propriedade na dependência do cumprimento destas duas obrigações, atendendo-se ao facto de a obrigação de entrega não necessariamente ter de se cumprir; nos casos em que, por exemplo, o comprador já tem a posse do bem, não existe entrega e, mesmo assim, não deixamos de estar perante um contrato de compra e venda.

Ainda a propósito da constante e notória evolução de que vários institutos do Direito têm vindo a sofrer ao longo dos tempos, entre os quais e, particularmente, o instituto dos contratos surge-nos, e de extrema importância, o princípio da liberdade contratual. Tal princípio elaborado à luz do princípio da autonomia privada, encontra-se plasmado no art. 405º do CC, com uma dupla vertente de liberdade contratual: liberdade de celebração – as partes são livres de celebrar ou não celebrar o contrato e liberdade de estipulação – as partes são livres de negociar e fixar o conteúdo do mesmo. Portanto, às partes é-lhes concedida a faculdade de fixar o conteúdo dos contratos, de celebrar contratos diferentes dos previstos no CC e de incluir nos contratos cláusulas que entenderem. Ora, isto traduz-se no facto de ninguém ser obrigado a celebrar contratos contra a sua vontade e de ninguém ser impedido de contratar ou caso o faça, ser punido por isso.

Todavia, existem excepções que têm por objectivo a procura de um equilíbrio contratual na nossa moderna sociedade, tendo em vista uma melhor harmonização não só no momento da manifestação da vontade das partes, mas também e, especialmente,

¹ Quando nenhuma referência se faça a qualquer dispositivo legal, deve considerar-se que o artigo citado pertence ao Código Civil.

no momento da manifestação dos efeitos do contrato em que mais se evidenciam a condição económica e social das pessoas envolvidas no mesmo.

Assim, a lei procura proteger certos interesses e valores sociais, nomeadamente a confiança, as exceptivas e a boa-fé que as partes depositam no contrato.

Por isso, verifica-se que, em certas situações e, nomeadamente no que ao nosso tema diz respeito, a lei apresenta-se como limitadora e legitimadora da autonomia da vontade; nestas situações a vontade fica limitada ao chamado *Interesse Social*, perdendo a qualidade de elemento nuclear principal, dando antes lugar a um elemento desconhecido das partes, mas fundamental para o funcionamento social. Tudo isto é feito com o objectivo de limitar e controlar os poderes económicos e sociais dos privados e, por conseguinte, proteger os *mais fracos*.

A limitação ao princípio da liberdade contratual pode, em certa medida, justificar-se pela função social que o contrato assume entre nós, no ponto em que esta mesma função social limita ou exige que no seu conteúdo sejam observados os preceitos de ordem pública. É, precisamente, o que acontece com o art. 877º do CC que contem um desvio ao princípio enunciado, que se pode traduzir em obstáculo ou impedimento à contratação.

Posto isto, encontramos-nos já em perfeitas condições para afirmar que quando existe uma relação especial entre as partes, isto é, quando as partes que querem celebrar o negócio jurídico não são desconhecidas, mas antes, possuem um grau de parentesco entre si, a lei coloca certos entraves.

Assim, o nosso CC atribui no seu art. 877º um tratamento especial quando os pais ou os avós pretendem celebrar um negócio de transmissão da propriedade, portanto, um contrato de compra e venda com um dos seus filhos ou netos.

Entende o legislador que a estreita relação entre vendedor – pais ou avós – e o comprador – filho ou neto – é merecedora de um cuidado especial, pelas suas próprias especificidades que o distingue dos demais contratos de compra e venda.

O justificativo de tal tratamento especial conferido pela lei a este tipo de negócios jurídicos reside no facto de um pai, ao pretender vender a um filho um imóvel pertencente à sua propriedade, estar na verdade e, de forma encoberta de venda, a efectuar uma doação ao filho, prejudicando os restantes.

Ora, a lei nada mais faz que proteger, com base no art. 877º certas pessoas, impedindo a prática da compra e venda nesses casos. Mas adverte tal artigo que o contrato de compra e venda é permitido entre pai e filho e avó e neto se tal venda for consentida expressamente pelos restantes descendentes.

A tese a que nos propomos desenvolver tem como objectivo fundamental a investigação sobre o artigo do CC Português que regula a matéria referente às partes do contrato de compra e venda que têm uma relação de consanguinidade entre si.

Assalta-nos, sobretudo, a curiosidade de investigar o que motivou o legislador a conferir um tratamento especial a este tipo de contratos de compra e venda e a criar um normativo no nosso CC destinado exclusivamente a regular esta matéria, quando, lançando os olhos pela maioria de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, só encontramos consagração semelhante no Código Civil Brasileiro no seu art. 496º. Tal artigo brasileiro estabelece que, sob pena de ser anulável, um pai não pode vender a um filho, neto, bisneto, sem a anuência dos demais filhos.

Faremos assim uma caracterização do negócio jurídico previsto no único normativo que o regula – art. 877º do CC. Conjugamos ainda esta caracterização com a interpretação de tal normativo tentando, sempre que possível, esclarecer dúvidas, equívocos e imprecisões que tal consagração legal possa conter.

Daremos ainda uma alusão sobre o regime de invalidade deste tipo de negócio jurídico, nomeadamente, no que concerne às razões da proibição inerentes a tal artigo e as consequências resultantes da anulação do negócio.

Importante será ainda realçar que a nossa escolha sobre este tema para a elaboração da presente tese não foi em vão ou, menos ainda, impensada. Pelo contrário, ela surge tendo em conta de que trataremos não apenas questões inerentes a um simples contrato de compra e venda mas, sobretudo, porque este tipo de contrato de compra e venda *especial* previsto no art. 877º comporta questões familiares que o Direito procura harmonizar.

A interferência do Direito na esfera privada é justificada precisamente com base na solidariedade e harmonia que entre os membros de uma família deve existir e que actos de venda poderiam por em causa.

Temos consciência de que o tema da tese é polémico porque envolve interesses económicos, hereditários e sentimentais. Para o comum dos cidadãos, este art. 877º torna-se confuso e de difícil compreensão não encontrando, muitas vezes, motivos e argumentos que justifiquem a referida proibição estabelecida em tal artigo.

É com muita frequência que ouvimos frases semelhantes a esta: “Se a minha avó se encontra em perfeito juízo, com plenas faculdades mentais, se é uma vontade dela, se o imóvel é propriedade dela, comprado e pago por ela, porque não pode vendê-lo a um neto sem o consentimento dos restantes?”

Esta é, sem dúvida, uma questão de bastante interesse prático porque põe em *cheque* vários institutos do direito, nomeadamente a família, a liberdade de disposição, a propriedade e o próprio contrato de compra e venda.

Esperamos e estamos convencidas de que vamos responder a esta e a muitas mais questões ao longo dos cinco capítulos que estruturam o presente trabalho. Para tanto, munimo-nos de todo o material e ferramentas disponíveis e que consideramos necessários na elaboração do mesmo.

É com o máximo empenho e dedicação que nos debruçaremos nas páginas seguintes com o intuito de estudar o contrato de compra e venda na sua modalidade de compra e venda de pai ou avô a filho ou a neto.

CAPÍTULO I

CONTRATO DE COMPRA E VENDA

Sumário: 1. A origem histórica do contrato. 2. À procura de uma definição de contrato. 2.1 O contrato: algumas características deste negócio jurídico. 2.1.1 Negócio jurídico sinalagmático e não sinalagmático. 2.1.2 Negócios jurídicos solenes e não solenes. 2.1.3 Negócios jurídicos reais e negócios jurídicos consensuais. 2.1.4 Negócios jurídicos obrigacionais, familiares e sucessórios. 2.1.5 Negócios jurídicos recipiendos e negócios jurídicos não recipiendos. 2.1.6 Negócios jurídicos inter vivos e negócios jurídicos mortis causa. 2.1.7 Negócios jurídicos patrimoniais e não patrimoniais. 2.1.8 Negócios jurídicos onerosos e negócios jurídicos gratuitos. 2.1.9 Negócios jurídicos comutativos e negócios jurídicos aleatórios. 2.1.10 Negócios jurídicos a título universal e negócios jurídicos a título singular. 3. Encontro da definição de contrato. 4. Contrato de compra e venda: o mais importante dos contratos. 4.1 Conceito do contrato de compra e venda. 4.2 Classificação do contrato de compra e venda. 4.2.1 Contrato típico. 4.2.2 Contrato oneroso. 4.2.3 Contrato sinalagmático. 4.2.4 Contrato de natureza real, obrigacional e de execução instantânea. 4.3 Forma do contrato de compra e venda. 4.4 O registo no contrato de compra e venda. 5. Efeitos essenciais do contrato de compra e venda. 5.1 Efeitos reais: alínea a) do artigo 879º. 5.2 Efeitos obrigacionais: 5.2.1 A alínea b) do artigo 879º. 5.2.2 A alínea c) do artigo 879º. 6. Considerações finais.

1. A origem histórica do contrato

Antes de introduzir-mos propriamente o tema a que nos propomos neste capítulo, entendemos necessário dar algumas noções, ainda que de forma muito breve⁽²⁾ sobre o contrato.

² Não pretendemos, contudo, que o tema presente neste capítulo – contrato de compra e venda - e, sobretudo, por motivos de razoabilidade e coerência lógica, que o mesmo se torne demasiado extensivo. Até porque este tema por si só considerado seria alvo para uma investigação e uma dissertação de mestrado. Mas afinal, não é isso que se pretende. Diremos, apenas, aquilo que se considera necessário e adequado a esta investigação.

Para ENZO ROPPO⁽³⁾ o contrato apresenta-se como um *fenómeno originado pela multiplicação e complexidade* das diversas operações económicas. A *massiva contratualização* das operações económicas define, indubitavelmente, a linha histórica do contrato⁽⁴⁾.

Assim, ao longo do tempo, e como consequência desta *massiva contratualização*, o sistema jurídico teve que forçosamente se adaptar dando vida a uma disciplina legal de contrato em geral e prevendo de forma minuciosa e individual cada tipo de contrato em especial. Portanto, segundo o Autor, assistimos em todas as ordens jurídicas a uma *triplicação* dos artigos que regulam esta matéria, de forma a *oferecer uma resposta adequada às novas exigências e aos novos interesses que assim vêm emergindo*.

É ainda importante notar que o crescente aumento destas normas jurídicas, derivado pelos motivos acima expostos, satisfazem determinados interesses mas *sacrificam* outros. Ainda de notar que esta constante intervenção do legislador no sentido de acompanhar a rápida mudança social e económica tem por objectivo equilibrar os interesses que na altura se querem tutelar.

De acordo com o Autor em apreço, o direito dos contratos não se basta em *revestir passivamente* as operações económicas de um *véu de per si não significativo*, mas antes, quer orientar e determinar as operações económicas e a sua dinâmica complexiva. E é precisamente por este interesse do direito dos contratos em recair sobre as operações económicas e até sobre a sua dinâmica de forma incisiva, que o direito dos contratos ganha autonomia, ganha relevância como *contrato-conceito jurídico*.

Por se apresentar revestido de autonomia jurídica – definida pelas leis e pela jurisprudência – o direito dos contratos é chamado a conferir-lhe dignidade legal e o elevar à realização dos seus objectivos, sendo certo que, o contrato renova a sua disciplina, as suas funções e a sua própria estrutura e objectivos atendendo ao contexto económico-social em que está incluído.

A título de exemplo sobre o que acabamos de dizer, seria enriquecedor fazer a comparação da função do contrato na Idade Média em que temos fundamentalmente um sistema económico arcaico enraizado no trabalho escravo e na produção feudal, com uma clara tendência para o autoconsumo e, portanto, com um diminuto volume de trocas; se inserirmos a função do contrato nos princípios do séc. XIX em que se assiste a

³ ENZO ROPPO, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p., 21.

⁴ Neste sentido ver também MIGUEL VEIGA “*A Crise de Confiança nos Contratos*”, ROA, ano 59, Vol. II, 1999, p., 804 e ss.

um elevado grau de desenvolvimento das forças de produção, da indústria, e da intensificação das trocas, verificamos que as funções do contrato de uma e outra época são profundamente diferentes. Enquanto que no séc. XIX o contrato assume a função de instrumento objectivamente fundamental ao andamento de todo o sistema económico; na Idade Média as suas funções estão drasticamente *reduzidas* e até *marginalizadas*.

2. À procura de uma definição de contrato

ENZO ROPPO⁽⁵⁾ atribui ao jusnaturalista holandês *Grotius* (séc. XVII) as primeiras elaborações da moderna teoria do contrato; sendo que a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos encontrou a sua consagração no Código Civil Francês - *Code Napoleon de 1804*, derivado essencialmente do advento do capitalismo.

Ao longo dos tempos a disciplina do contrato consagrada na lei sofre diversas modificações e alterações: assim, de contrato destinado a satisfazer as necessidades e interesses de classes sociais que assumiam hegemonia económica numa França pós-revolucionária passamos a um contrato destinado a dar resposta a um estágio cada vez mais avançado da evolução capitalista, apto a responder aos desafios constantes colocados pelo desenvolvimento técnico-científico e pelo advento da produção, distribuição e dos consumos de massa⁽⁶⁾.

Deste modo, é o contrato, hoje em dia, concebido como *um instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia*⁽⁷⁾.

Entre nós, diz-nos LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽⁸⁾ que o nosso CC, contrariando o Código de Seabra, *não contém uma definição de contrato*. No reforço desta posição, encontramos CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁽⁹⁾ que salienta, de igual modo, esta ausência de uma definição de contrato no CC português, mas reconhecendo também a influência do Código de Seabra no mesmo. Ora, neste sentido, os Autores partem da noção de contrato apresentada no art. 641º do Código de 1867,

⁵ Ob. Cit., p., 25.

⁶ MIGUEL VEIGA, Ob. Cit., p., 809 e ss.

⁷ ENZO ROPPO, Ob. Cit. p., 66.

⁸ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral Do Direito Civil*, Vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, (5ª Edição), p., 63.

⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, Coimbra, Almedina, 2005, (3ª Edição), p., 27.

para daí retirarem algumas características que, compreendem, ainda se encontram nos actuais contratos.

Deste modo, disponha o citado artigo que o contrato era *o acordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou sujeitam a alguma obrigação*.

Desta noção apresentada pelo Visconde de Seabra⁽¹⁰⁾ aferimos que o contrato era visto como um *acordo* de vontades com relevância jurídica, mas também era tido como um acto jurídico bilateral ou plurilateral, uma vez que o artigo se refere a *duas ou mais pessoas que transferem entre si algum direito* ou se submetem a *obrigações*.

Mas deixando de lado o Código de Seabra e voltando a olhar para o nosso actual CC⁽¹¹⁾ verificamos que não existindo uma noção legal de contrato é necessário obter essa noção através de outros negócios jurídicos que a lei qualifica como contratos, por ex., compra e venda, arrendamento, empreitada etc., que são claramente negócios jurídicos bilaterais, mas o CC concede a mesma qualificação a negócios jurídicos de estrutura plurilateral, como por ex., o contrato de constituição de uma sociedade.

2.1 O contrato: algumas características deste negócio jurídico

2.1.1 Negócio jurídico sinalagmático e não sinalagmático

Parece-nos que perante o aqui acima ficou dito já nos encontramos em circunstâncias de, pelo menos, numa primeira fase, ainda que limitada, aferir a noção de contrato. Assim, contrato é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral, sendo que excluímos claramente desta noção de contrato os negócios jurídicos unilaterais⁽¹²⁾.

Por isso, queremos deixar bem vincada a ideia de que o contrato, tal como é tido no direito português – com efeitos jurídicos de qualquer natureza – é um contrato *unanimemente qualificado como negócio jurídico bilateral*⁽¹³⁾.

Ora, é no dizer de ENZO ROPPO⁽¹⁴⁾, contrato bilateral, por que em regra, é necessário a presença de *pelo menos duas partes*, sendo que uma apresenta ou propõe

¹⁰ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2005, (3ª Edição), p., 432 e ss.

¹¹ Código Civil Português aprovado pelo Decreto-lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966 que entrou em vigor no dia 1 de Junho de 1976, nos termos do art. 2º do respectivo Decreto-lei.

¹² Neste sentido, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 2007, p., 426 e ss.

¹³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Ob. Cit.*, p., 31.

um *determinado regulamento* pretendendo a aceitação pela outra parte. Se assim acontecer, continua CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁽¹⁵⁾ estamos perante um facto jurídico que produz, nem mais, efeitos jurídicos.

Do encadeamento destes acontecimentos – proposta e aceitação – resulta a formação de um contrato vinculativo para as partes gerador de direitos e obrigações: *vendedor e comprador devem ambos declarar querer vender, e respectivamente comprar, tal coisa por tal preço; de contrário, não se forma nenhum contrato de compra e venda, ninguém adquire a propriedade da coisa, ninguém se torna credor do preço*⁽¹⁶⁾.

Argumenta, neste sentido LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽¹⁷⁾ que se as obrigações decorrentes do contrato vinculam reciprocamente ambas as partes estamos na presença de um contrato *sinalagmático*⁽¹⁸⁾ onde as obrigações são *interdependentes* e onde *uma é causa da outra*. Daí se depreende que, tal como se disse no parágrafo anterior, *o vendedor fica obrigado a entregar a coisa vendida, como contrapartida – por causa – de o comprador ficar obrigado a pagar o preço*.

Perante estas características é fácil perceber que contratos como o da doação⁽¹⁹⁾ e o mútuo – negócios reais no que toca à sua constituição – não podem configurar a categoria de contratos sinalagmáticos na medida em que na doação só o doador se constitui na obrigação de entrega da coisa doada e no contrato de mútuo só o mutuário fica obrigado à restituição da coisa mutuada. Por seu turno, assumem as características de sinalagma o contrato de compra e venda, de empreitada, pois deles derivam obrigações *recíprocas*.

No que a nós nos diz respeito e que dá fundamento a este primeiro capítulo – a compra e venda – ela representa o típico contrato sinalagmático uma vez que cada um dos contraentes assume uma obrigação que *só se justifica juridicamente em função da*

¹⁴ Ob. Cit. p., 73.

¹⁵ Ob. Cit. p., 31.

¹⁶ ENZO ROPPO, Ob. Cit. p., 73.

¹⁷ *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit., p., 64.

¹⁸ Como nos ensina HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil*, Ob. Cit., p., 428, os contratos sinalagmáticos são contratos bilaterais perfeitos em que *existe uma reciprocidade entre as obrigações das partes*. Ora se assim é, *a prestação de uma parte é realizada em virtude e por causa da prestação da outra (do ut des)*. O Autor apresenta-nos como caso paradigmático dos contratos sinalagmáticos o *contrato de compra e venda* regulado no art. 874º do CC.

¹⁹ No entender de HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil*, Ob. Cit., p., 428, a doação é caso paradigmático dos *contratos unilaterais* em que apenas se criam *obrigações para uma das partes contraentes*.

outra. Assim sendo, *a obrigação de cada um é a causa da outra: o vendedor fica vinculado a entregar a coisa vendida, porque o comprador fica obrigado a pagar o preço correspondente*. Temos assim entre as obrigações *o nexu particular que as une*⁽²⁰⁾.

Esta distinção entre contratos sinalagmáticos e contratos não sinalagmáticos torna-se imperiosa sobretudo no que respeita à *excepção de não cumprimento, específica dos contratos sinalagmáticos*⁽²¹⁾. Significa isto que nos termos do art. 428º o não cumprimento de uma das obrigações, *sendo comum o tempo de cumprimento de ambas, ou perdendo o devedor relapso o benefício do prazo*, é admissível o não cumprimento pela parte contrária. O que se acabou de dizer, é justificável pela existência do nexu entre as duas obrigações.

O instituto *da condição resolutiva tácita* presente nos arts. 801º, n. 2 e 808º é também um dos instrumentos privilegiados de que «dispõem» os contratos sinalagmáticos. A *condição resolutiva tácita* confere a uma das partes a *faculdade de resolver o negócio com fundamento na falta de cumprimento da parte contrária*. Tal regime é também passível de aplicação aos contratos não sinalagmáticos⁽²²⁾.

A propósito, ainda, da distinção entre contratos sinalagmáticos e não sinalagmáticos, merece a nossa especial atenção uma característica distintiva apontada por ENZO ROPPO⁽²³⁾ na sua obra. Assim, diz-nos o Autor, que a diferença entre contratos e actos unilaterais reconduz-se a um *princípio básico: ninguém pode ser exposto a sacrifícios económicos por efeito de vontade alheia, mas só por efeito da sua própria vontade*. Deste modo, continua o Autor, num acto unilateral os *sacrifícios* produzem-se apenas e só para um dos interessados, aceitando-se então *a sua vontade de chamar a si tais sacrifícios*; a contraparte *não perde nada, não deve nada, não arrisca nada, só aufere vantagens*; ao invés, num contrato todos os interessados se *expõem a sacrifícios ou pelo menos a riscos económicos*, sendo que para que o contrato se torne vinculante e produza os seus efeitos jurídicos, ele tem que ser *aceite por todos os interessados*, manifestando individualmente a sua *vontade concordante*.

Lembra o Autor que a regra é a de que o património de um indivíduo pode ser mudado, quando esteja em causa a atribuição exclusivamente de benefícios desprovidos de qualquer risco económico, *mesmo na falta de uma sua correspondente manifestação*

²⁰ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit., p., 65.

²¹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit., p., 66.

²² LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit., p., 66.

²³ Ob. Cit. p., 75 e ss.

de vontade, mas em nenhum caso pode ser modificada, por vontade de um outro indivíduo, contra a vontade do interessado.

Posto isto, aponta CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁽²⁴⁾ que podemos dizer que o contrato *é assim um negócio jurídico bilateral (ou plurilateral), porque nele intervêm duas ou mais partes que entre si estabelecem um acordo (art. 232º) formado por duas ou mais declarações de vontade (declarações negociais, na nomenclatura dos artigos 217º e seguintes).*

Todavia, não nos contentamos com esta definição de contrato, a nosso ver correcta mas demasiado simplista. Entendemos, por isso, ser importante referir outras características que, como o próprio nome indica, caracterizam e dão forma e *cor* ao contrato.

Assim, seguimos a lógica apresentada na obra de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽²⁵⁾ e enunciamos mais algumas características do contrato. Características estas que nas páginas adiante ser-nos-ão muito úteis aquando da caracterização do contrato de compra e venda.

2.1.2 Negócios jurídicos solenes e não solenes

Assim, e de forma não muito exaustiva pelo motivo anteriormente invocado, dizemos que - atendendo ao facto de o contrato ser o *mais importante dos negócios jurídicos* – podemos ter negócios solenes e negócios não solenes.

O nosso ordenamento jurídico consagra o *princípio da liberdade de forma ou consensualista*⁽²⁶⁾. Ora, quer isto dizer, que a validade do contrato fica na dependência da observância de forma sempre que a lei assim o exija; se assim não acontecer – não se verificar esta exigência da lei – as partes possuem liberdade para adoptarem a forma que entenderem. Portanto, desde logo, verificamos que esta característica respeita ao modo de como a exteriorização da vontade das partes se *deve revestir*.

²⁴ Ob. Cit. p., 30.

²⁵ *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit. p., 66 e ss. Sempre que no decorrer da explanação de tais características apareçam citações – traduzidas pela colocação em *ITÁLICO* – sem qualquer referência expressa ao seu Autor em nota de rodapé, deve considerar-se tais citações pertencentes à obra do Autor LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit., págs., 56 à 105.

²⁶ Para HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil*, Ob. Cit., p., 430, o nosso CC parte do princípio da liberdade de forma (arts. 217º, n.º 1, 219º), constituindo a exigência de forma uma – importante – excepção.

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁽²⁷⁾ diz-nos que a exigência de forma resulta de estatuição legal, traduzindo-se, em regra, à redução do negócio a escrito (arts. 219º e 221º CC); pelo contrário, se o negócio não está dependente de forma especial, nem sujeito ao seu regime, a forma é imposta por vontade das partes (*forma voluntária*). Normalmente, a forma escrita traduz-se na exigência de uma escritura pública, admitindo a lei também documento particular autenticado.

Neste sentido vai também ARMANDO BRAGA⁽²⁸⁾, que nos diz que a forma do contrato de compra e venda *pode ser exigida pela lei (forma legal ou obrigatória) ou por convenção das partes (forma voluntária ou convencional)*. Sendo certo que a estipulação convencional de forma *não está sujeita a qualquer formalidade*.

Também NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁽²⁹⁾, apresenta-nos uma distinção entre contratos consensuais e contratos formais ou solenes; a validade dos contratos formais ou solenes está subordinada a um requisito de forma enquanto que a validade dos contratos consensuais não está. Reforçando esta ideia temos ainda CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁽³⁰⁾, segundo o qual existe uma *hierarquia formal*, dividida em três escalões: No 1º escalão encontra-se a *forma livre* que como o próprio nome indica, é admissível qualquer forma, seja oral, gestual ou com suporte em documento escrito não assinado; no 2º escalão temos a *forma escrita* baseada em documento particular, o que por determinação do art. 373º, n.º 1, envolve usualmente um documento escrito e assinado; e no 3º escalão encontra-se a *forma solene* fundamentada em documento autêntico ou com outra forma de intervenção de oficial com funções públicas de autenticação.

Concluimos dizendo com ENZO ROPPO⁽³¹⁾ que os contratos formais ou solenes são aqueles em que as declarações que lhes dão *vida* são *revestidas de certas modalidades expressivas* e acompanhadas *de um determinado ritual*.

Esta distinção dos negócios jurídicos formais e não formais assume extrema importância porque nos negócios formais a observância da forma prescrita por lei *é condição da sua validade e a não observância da forma legal implica invalidade do acto*. Nos termos do art. 220º, esta inobservância acarreta a nulidade. Além disso, com

²⁷ Ob Cit. p., 88.

²⁸ ARMANDO BRAGA, *Contrato de Compra e Venda: Estudo Pático, Doutrina e Jurisprudência*, Porto, Porto Editora, 1994, p., 26.

²⁹ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de Compra e Venda: Noções Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2007, p., 21.

³⁰ Ob. Cit. p., 88 e ss

³¹ Ob. Cit. p., 97.

esta exigência de forma é também possível aferir da eficácia do conteúdo do acto jurídico. Podemos interpretá-lo, verificar a existência de certos vícios (erro na declaração, simulação), *ou até, o seu aproveitamento quando inválido por razões de forma ou outras (conversão)*.

No reforço do que ficou dito chama-se novamente ENZO ROPPO⁽³²⁾ referindo-nos que a forma é *requerida ad substantiam*, sendo que, continua o Autor, *a forma torna-se um verdadeiro requisito essencial do contrato*, faltando este requisito o contrato não pode formar-se validamente nem produzir os seus feitos⁽³³⁾.

Aqui chegados, surge-nos, forçosamente a pergunta: o que pretendeu o legislador com a imposição de formas legais, de contratos solenes?

A resposta é simples. Por um lado, o legislador pretendeu a defesa de certos interesses públicos, por ex., no sentido de uma optimização do sistema fiscal, é mais fácil e mais cómodo tributar determinados bens sujeitos a registo e tributar as riquezas operadas pela transferência desses bens; por outro lugar, o legislador atendeu aos interesses das partes, dizendo ENZO ROPPO⁽³⁴⁾ que o contrato solene leva a uma maior reflexão das partes impedindo-as de tomar *decisões precipitadas*⁽³⁵⁾ uma vez que está em causa valores económicos muitas das vezes avultados, ou então, pretende-se minimizar acontecimentos que visem o enriquecimento ilícito, isto é *sem correspondivo*.

Além destes argumentos apontados, e como é da gíria comum, a forma escrita serve para que as partes conheçam o *teor das cláusulas que formam o seu conteúdo*, servindo também para esclarecer dúvidas e para evitar ou *prevenir possíveis litígios*.

Mas de todos os argumentos apontados acima, o que nos parece ser mais importante é mesmo a função de tornar determinados contratos *cognoscíveis pelos terceiros*, isto é, pessoas alheias ao contrato mas que porventura possam ser afectadas pelos seus efeitos, possam dele ter conhecimento. Por ex., a exigência de forma escrita na venda de imóveis, justifica-se pela importante tarefa que desempenha na tutela de terceiros, com o objectivo de ser dada publicidade às *transcrições nos registos*

³² Ob. Cit., p., 98.

³³ A este propósito ver também CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, Ob Cit., p., 89.

³⁴ Ob. Cit. p., 100.

³⁵ Acerca destas decisões precipitadas será importante chamar aqui MIGUEL VEIGA, Ob. Cit. p., 809 e ss. Diz-nos o Autor que hoje, mais que nunca, estamos inseridos numa *sociedade de consumidores em massa*, onde as pessoas são *incitadas a comprar compulsivamente*. Isto comporta sérios problemas como o *incumprimento, o sobreendividamento e, por conseguinte, por toda esta explosão de direitos e de obrigações dos consumidores e do disparo da conflitualidade, temos os nossos tribunais a “rebentar pelas costuras”*.

imobiliários, sabendo o indivíduo, por isso, se adquire um imóvel já vendido a outra pessoa ou se adquire um imóvel hipotecado.

Desta forma, e pelas razões acima apontadas só vemos vantagens nos contratos solenes que a lei exige, sendo muito natural, nos dias de hoje, de pura desconfiança social⁽³⁶⁾, que as partes queiram reduzir um contrato a escrito mesmo que a lei assim não o exija.

2.1.3 Negócios jurídicos reais e negócios jurídicos consensuais

Outra importante característica dos negócios jurídicos é a da sua natureza *real ou não real (consensuais)*.

No que a esta distinção respeita, HEINRICH EWALD HÖRSTER⁽³⁷⁾ afirma que nos negócios consensuais o contrato *fica perfeito com o simples acordo das partes, com o consenso das partes*; já no que toca ao negócio real é necessário – *além do acordo – ainda um acto material que, de resto, nem sempre implica a transferência da propriedade*. Como exemplo de contratos reais temos o depósito cuja noção está contida no art. 1155º; o mútuo previsto no art. 1142º e o comodato estipulado no art. 1129º. Considera o Autor supra referenciado que mesmo neste tipo de contratos *deve ser possível, ao abrigo do princípio da liberdade contratual (art. 405º), considerar o contrato por concluído, com efeitos obrigacionais, já no momento do acordo e sem qualquer entrega, se este resultado corresponder à vontade das partes*.

Podemos ainda referir e, atendendo aos ensinamentos de HEINRICH EWALD HÖRSTER⁽³⁸⁾ que a qualificação de “*negócio consensual*” pode ainda ser usada *em oposição ao “negócio formal”*, pois tudo depende do sentido concreto que pretendemos atribuir à *designação de “negócio consensual”*.

Ainda a propósito da distinção a que nos propusemos realizar neste *item*, podemos dizer que os negócios reais podem ser *reais quoad constitutionem (quanto à constituição) ou reais quoad effectum (quanto aos efeitos)*. Os primeiros, apresentam como característica o facto de, para além da manifestação de vontade que pode ser

³⁶ MIGUEL VEIGA, Ob. Cit., p., 797.

³⁷ A Parte Geral do Código Civil, Ob. Cit., p., 430.

³⁸ A Parte Geral do Código Civil, Ob. Cit., p., 430.

solene ou não, estarem na dependência *da prática de um acto de entrega da coisa que têm por objecto*. A entrega assume-se como um *elemento estrutural do contrato* e sem ela o negócio *não se constitui validamente*. À entrega da coisa chama-mos de *tradição (traditio)*.

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³⁹⁾ afirma que o direito real, nesta acepção, *é aquele cuja perfeição depende, além da declaração, da tradição da coisa que tem por objecto*; será também aquele cuja formação *exige, além dos requisitos comuns a todos os contratos, outro que consiste na transferência da posse*. Sem este acto de transferência podemos dizer que o contrato não se encontra concluído, não tendo validade e, por conseguinte, não produzindo efeitos.

No nosso Código a *doação de coisa móvel não reduzida a escrito, o penhor, a parceria pecuária, o comodato, o mútuo e o depósito* são exemplos de direitos *reais quoad constitutionem*. No que a estes direitos reais diz respeito o Autor supra citado diz-nos que atendendo às actuais *exigências socioeconómicas* estes direitos reais deixam praticamente de ter uma *função útil*.

2.1.4 Negócios jurídicos obrigacionais, familiares e sucessórios

Falemos agora, e interligada à característica anterior, de negócio reais, obrigacionais, familiares e sucessórios. Aos primeiros é dado o sentido de negócios *reais quoad effectum*. Assim de qualquer um destes negócios acima apontados – real, obrigacional, familiar e sucessório – resultam efeitos quer eles se relacionem com a *constituição, modificação ou extinção* de qualquer relação jurídica real, obrigacional, familiar ou sucessória.

A Compra e Venda é, sem dúvida, um contrato obrigacional por excelência e, além de ter como efeitos obrigacionais essenciais a obrigação de entregar a coisa vendida e a de pagar o preço constantes das al. b) e c) do art. 879º CC, apresenta ainda um efeito real de transmissão do direito de propriedade, constante na al. a) do mesmo artigo.

Todavia, também podemos dizer que a doação tem efeitos obrigacionais e reais. O art. 954º CC estabelece a transmissão do direito de propriedade sobre a coisa doada.

³⁹ *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit. p.,69.

Algumas relações ditas familiares são provenientes de negócios jurídicos, é exemplo disso o casamento e a convenção antenupcial. Esta última *interfere com a relação jurídica familiar* no que ao seu património respeita, mas apresenta também efeitos reais, porque cria *alterações na titularidade e no regime de direitos reais dos nubentes, para além de produzir efeitos sucessórios, quando nela se contenha um pacto sucessório* (arts 1698º e 1700º CC).

Para ENZO ROPPO⁽⁴⁰⁾ os *contratos reais* caracterizam-se pelo *efeito da entrega material duma parte à outra da coisa que constitui o seu objecto*. Entende o Autor, que todos os demais contratos que não exijam para a sua *perfeição* a entrega da coisa, são chamados de *contratos consensuais*.

2.1.5 Negócios jurídicos recipiendos e negócios jurídicos não recipiendos

Outra das características apontadas por LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽⁴¹⁾ prende-se com a classificação dos negócios em *recipiendos (ou receptícios) e não recipiendos (ou não receptícios)*.

Estamos na presença de um negócio *não recipiendo* sempre que os seus *efeitos* se produzam *por mero efeito da correspondente acção*, sem que tal acção seja levada *ao conhecimento de outrem*; já, pelo contrário, estamos na presença de negócios *recipiendos* quando para que o negócio seja eficaz, a declaração negocial *deve ser dirigida ou levada a conhecimento* de outra pessoa.

Considera o Autor supra citado que esta distinção encontra-se no art. 224º, n.º 1 CC *in fine*, sendo que a *declaração de vontade que não tem um destinatário torna-se eficaz logo que a vontade do declarante se manifeste na forma adequada*. Parece resultar daqui que esta classificação faz todo o sentido quando se trate de negócios jurídicos unilaterais, sendo que o seu campo de aplicação nos negócios bilaterais é muito peculiar.

⁴⁰ Ob. Cit. p., 89.

⁴¹ *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit. p., 75.

2.1.6 Negócios jurídicos *inter vivos* e negócios jurídicos *mortis causa*

Os negócios podem também *ser inter vivos e mortis causa*. Assume-se como critério distintivo entre um e outro negócio o da *causa dos efeitos jurídicos do negócio*. Assim, diz-se que o negócio é *inter vivos* se a *causa* produzir os seus efeitos de forma imediata e *em vida do seu autor*; é negócio *mortis causa* quando a *causa dos efeitos jurídicos a que se dirige o negócio é a morte do declarante*.

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽⁴²⁾ refere que em Portugal os negócios *inter vivos* são os mais frequentes, mas nada impede os negócios *inter vivos a termo* em que o declarante quer retardar os seus efeitos para o momento da sua morte.

O mais paradigmático *negócio por morte*, entre nós, é o testamento, onde só após a morte do testador o efeito transmissivo do acto se produz, tal como disposto nos arts. 2031º e 2179º CC. No dizer do Autor o nosso direito proíbe os *negócios mortis causa bilaterais* (art. 2028º, n.º 2 CC).

2.1.7 Negócios jurídicos patrimoniais e não patrimoniais

Avançando para outra classificação dos negócios jurídicos, podemos ter *negócios patrimoniais* e *negócios não patrimoniais*. Ora chama-mos aqui para esta distinção o critério da *patrimonialidade*, sendo assim, afigura-se-nos como negócio patrimonial a compra e venda, a doação, o arrendamento e a empreitada; o exemplo mais conhecido de negócio não patrimonial é precisamente o casamento.

A este propósito convém referir que o princípio da autonomia da vontade é mais saliente nos negócios patrimoniais onde é necessário uma maior *tutela da confiança do declaratório* e dos interesses *do tráfico jurídico*.

2.1.8 Negócios jurídicos onerosos e negócios jurídicos gratuitos

A classificação acima apontada serve-nos de ponto de partida para uma outra, a da distinção entre negócios jurídicos onerosos e negócios jurídicos gratuitos.

⁴² *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit. p., 78.

Sempre que uma parte do contrato *extrai* dele vantagens sem ter que *suportar, em troca*, qualquer sacrifício patrimonial estamos na presença de um contrato gratuito de que é exemplo a doação, o comodato, o mútuo sem juros a cargo do mutuário; já se das vantagens obtidas pelo contrato resultar um *sacrifício económico* para ambas as partes, estamos na presença de um contrato oneroso em que a compra e venda encaixa na perfeição como exemplo de um contrato oneroso.

Compreende-se que todos os contratos de troca assumem carácter oneroso, mas nem todos os contratos onerosos são contratos de troca, por ex., o contrato de sociedade (assume a natureza de contrato associativo), sendo um contrato oneroso e não gratuito, sendo que o sócio *em troca das suas obrigações, adquire o direito a uma quota dos lucros comuns*⁽⁴³⁾.

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽⁴⁴⁾ ainda sobre esta distinção fala-nos do *requisito da reciprocidade* das atribuições patrimoniais, que pressupõe a *transferência recíproca de direitos* e a consequente *adstrição a vinculações*. No entanto, importa notar, continua o Autor, que este princípio da reciprocidade não se pode confundir com a equivalência das atribuições, isto é, podemos ter atribuições patrimoniais recíprocas sem que haja equivalência patrimonial entre elas; podendo essa atribuição ser *meramente subjectiva e não objectiva*. Ora assim sendo, a falta desta atribuição não invalida o negócio oneroso, porque o Direito confere às partes a liberdade de suportarem ou não um custo desproporcionado para a aquisição de certo bem, restando apenas ter em atenção que a vontade dos contraentes se formou esclarecida e livremente.

Concluimos que a falta de correspondência em si mesma é *irrelevante* para *atacar* o negócio, sendo apenas relevante se se preencherem outros requisitos, como a *inferioridade do contraente lesado* sabendo bem a contraparte dessa situação e querendo dela se aproveitar objectivando para si vantagens económicas excessivas ou injustificadas (*usura*).

⁴³ ENZO ROPPO, Ob. Cit. p., 83.

⁴⁴ *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit. p., 82 e ss.

2.1.9 Negócios jurídicos comutativos e negócios jurídicos aleatórios

Partindo da noção dada dos negócios onerosos passamos de seguida para outra classificação entre *negócios comutativos e negócios aleatórios*. Esta distinção encaixa-se na categoria dos negócios onerosos. Assim, num negócio oneroso, não obstante as prestações das partes terem correspectividade ou não, *as atribuições são desde logo determinadas ou determináveis no sentido de nenhuma das partes ficar dependente, no que ao valor respeita, de qualquer facto futuro ou incerto*. Compreende-se melhor o que ficou exposto com o seguinte exemplo de negócio oneroso cumulativo: num contrato de compra e venda *basta que preço e a coisa sejam desde logo determinados*, A vende certo prédio a B por determinado preço.

Sempre que as prestações (ou só uma delas) fiquem dependentes de certos factos futuros temos um negócio oneroso que comporta riscos para ambas as partes ou apenas para uma, sendo que, o risco se manifesta no seu património podendo ambas as partes ou apenas uma delas ganhar ou perder. Se tal acontecer estamos perante contratos aleatórios, figurando como exemplo característico o contrato de seguro.

A nossa lei civil regula os contratos aleatórios, nomeadamente os que se encontram na disposição dos arts. 880º n.º 2 (venda de coisa futura), 881º (venda de bens de existência ou titularidade incerta), 1245º (contrato de jogo e aposta) e 1238º (contrato de renda vitalícia).

Na sua obra LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽⁴⁵⁾ apresenta as modalidades que o contrato aleatório pode assumir e são elas: a) *casos de incerteza quanto à prestação a realizar* (afiguram-se aqui os contratos de aposta, muito frequente na nossa sociedade. A e B apostam sobre o resultado de um jogo de futebol, não se sabendo qual deles, se A ou se B, vai realizar a prestação, objecto da aposta, mas só um o fará); b) *casos de incerteza quanto à realização de uma só das prestações* (apresentam-se os bens de existência ou de titularidade incerta. Realizada a venda desses bens a prestação do preço é devida mesmo que eles não existam ou pertençam a outro titular, nos termos do art. 881º CC); c) *casos de incerteza quanto ao valor de umas das prestações* (surge-nos neste caso o contrato de seguro de vida em que, como se sabe, a entidade seguradora paga o capital de seguro ao beneficiário do contrato, se o segurado pagar o prémio de seguro. Nós sabemos que o segurado paga uma prestação certa quanto ao seu

⁴⁵ *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit. p., 85.

montante, agora, o que não sabemos é se depois vai existir uma correspondência entre esta prestação que foi paga pelo segurado e a prestação a atribuir pela seguradora, uma vez que esta vai depender da data da morte do segurado) e; d) *casos de incerteza quanto à realização e quanto ao valor de uma das prestações* (falamos aqui dos contratos de seguro contra incêndios em que o segurado realiza uma prestação *certa* periodicamente e de um determinado valor; já no caso da seguradora a prestação *não é certa* quer quanto à sua verificação quer quanto ao seu montante. O incêndio pode nunca se verificar e se se verificar pode causar muitos ou poucos danos.

2.1.10 Negócios jurídicos a título universal e negócios jurídicos a título singular

Por último, apresentamos a classificação entre *negócios a título universal e negócios a título singular*. Um negócio é a título universal quando *respeita a uma universalidade de direito ou a uma fracção aritmética dela*; um negócio a título singular *são todos os demais*.

Afigura-se importante esta distinção uma vez que o negócio a título universal abarca o *activo* e o *passivo* de um determinado grupo patrimonial, sendo que o negócio a título singular diz respeito a *bens especificamente considerados*. Esta classificação tem importância fulcral no direito sucessório, pois permite a distinção entre os institutos da herança e do legado (art. 2030º CC).

3. Encontro da definição de contrato

Neste momento, já nos encontramos em perfeitas condições de avançar com uma definição do que seja contrato. Assim, socorremo-nos de alguns Autores, como CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁴⁶), que define contrato como o *acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido*. Já para ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA

⁴⁶ Ob. Cit. p., 37.

FRANÇA GOUVEIA⁽⁴⁷⁾, o *contrato é todo o acordo que tende à produção de efeitos jurídicos, qualquer que seja a matéria*. Portanto, no entender das Autoras, a ordem jurídica portuguesa admite, não apenas, contratos com eficácia obrigacional, mas também contratos *com qualquer eficácia jurídica* (por ex., real ou sucessória).

4. Contrato de compra e venda: o mais importante dos contratos

PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽⁴⁸⁾ diz-nos que o contrato de compra e venda apresenta-se como um contrato ao qual o *legislador dedica mais extensa regulamentação*, por representar, nos nossos dias, uma *incontestável importância económica*.

O contrato de compra e venda é a “trave mestra” da sociedade actual. O indivíduo em alguma etapa da sua vida é levado a comprar ou a vender, comportamento absolutamente *difundido e esperado*⁽⁴⁹⁾.

O contrato de compra e venda está regulado no Código Civil nos arts 874º a 939º, mas também no Código Comercial, nos seus arts 463º a 476º.

4.1 Conceito do contrato de compra e venda

A definição de compra e venda consta do art. 874º do CC que nos diz que *compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço*.

Ora, parece que o que nos diz este art. 874º CC é que a compra e venda é um contrato onde se opera a transmissão de uma coisa ou de um direito *contra*⁽⁵⁰⁾ o recebimento de uma quantia em dinheiro, o preço.

⁴⁷ ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Transmissão da Propriedade e Contrato*, Coimbra, Almedina, 2001, p., 24

⁴⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial)*, Coimbra, Almedina, 2010, p., 21.

⁴⁹ Esta enorme importância do Contrato de Compra e Venda é também referida por LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES MEITÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2010, Vol. III, p., 11, *a compra e venda constitui talvez o mais importante contrato regulado no Código*.

⁵⁰ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Ob. Cit.*, p., 21.

Portanto, o que se objectiva com o contrato de compra e venda é a aquisição pelo comprador do direito de propriedade sobre o bem vendido, *à qual acrescentará como efeito subordinado a aquisição da posse*, assim como a aquisição pelo vendedor do direito de propriedade sobre certas espécies monetárias. Ficará executado o contrato de compra e venda quando efectivamente ocorrerem *estas duas alterações na situação jurídica patrimonial dos contraentes*⁽⁵¹⁾.

Opera-se a transferência da propriedade ou outro direito sobre um bem, sendo possível, *alienar-se direitos sobre coisas móveis ou imóveis, presentes ou futuras, corpóreas ou incorpóreas, fungíveis ou infungíveis, universalidades*.⁽⁵²⁾(art. 203º CC). Sendo certo que ao contrato de compra e venda, aplicamos as regras gerais que dizem respeito aos requisitos do objecto negocial, ou seja, à possibilidade, licitude e determinabilidade, nos termos do art. 280º CC.

4.2 Classificação do contrato de compra e venda

Segundo PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽⁵³⁾ é possível classificar o contrato de compra e venda como um contrato típico, oneroso, sinalagmático, de natureza real e obrigacional e de execução instantânea.

4.2.1 Contrato típico

No que concerne à primeira características, MENEZES LEITÃO⁽⁵⁴⁾ diz-nos que o contrato de compra e venda é, desde logo, nominado e típico. Nominado porque a *lei o reconhece como categoria jurídica*; típico, porque a lei estabelece-lhe um regime,

⁵¹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit., p., 21.

⁵² PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit. p., 22.

⁵³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit. p., 23 e ss. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit. p., 14, NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, Ob. Cit. p., 14, entre outros, que também apresentam características *qualificativas* do contrato de compra e venda. Embora não seguindo exactamente a mesma ordem que PEDRO ROMANO MARTINEZ, elas são, na sua maioria, coincidentes. Daí, optamos por seguir, por motivos de maior coerência, a ordem apresentada por PEDRO ROMANO MARTINEZ. Todavia, as mesmas serão sempre que possível completadas pela doutrina/parecer de outros Autores.

⁵⁴ Ob. Cit., p., 14.

quer no âmbito do Direito Civil (arts. 874º e ss), quer no âmbito do Direito Comercial (arts. 463º e ss CCom⁽⁵⁵⁾).

4.2.2 Contrato oneroso

Diz-se que o contrato de compra e venda é oneroso porque pressupõe o pagamento de um preço pela transmissão do direito. Para NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁽⁵⁶⁾ estamos na presença de um contrato oneroso sempre que existe *atribuições patrimoniais de ambas as partes, ligadas entre si, de acordo com a comum intenção dos contraentes, por um nexa ou por uma relação de correspectividade ou de equivalência*.

Aliás como refere MENEZES LEITÃO⁽⁵⁷⁾ resulta da própria definição apresentada pelo art. 874º CC que a compra e venda é *essencialmente* a transmissão de um direito *contra* o pagamento de uma quantia pecuniária, *constituindo economicamente a troca de uma mercadoria por dinheiro*. O Autor refere, ainda, a importância desta característica que permite distinguir a compra e venda do contrato de doação (art. 940º do CC). Não havendo qualquer contrapartida, o contrato *é qualificável como doação*.

4.2.3 Contrato sinalagmático

No entender de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁽⁵⁸⁾ o contrato de compra e venda *enquadra-se* no grupo dos contratos *bilaterais perfeitos ou sinalagmáticos*. É sinalagmático porque as prestações do comprador (pagamento do preço) e do vendedor (entrega da coisa) estão em *correspectividade*, ou seja, são *recíprocas e interdependentes* (art. 874º e 879º do CC); as suas obrigações constantes das als. b) e c)

⁵⁵ De acordo com CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, Ob. Cit. p., 28, não é só no Direito Civil que os contratos se encontram previstos. O nosso Ordenamento Jurídico é expansivo e abrange os contratos de direito comercial, em especial os contratos constitutivos de sociedades comerciais e os contratos corporativos, onde se evidenciam os contratos colectivos de trabalhadores.

⁵⁶ Ob. Cit., p., 16.

⁵⁷ Ob. Cit., p., 12.

⁵⁸ Ob. Cit. p., 15.

do art. 879º, continua o Autor, estão *ligadas entre si por um nexó ou vínculo de interdependência ou de reciprocidade*.

Segundo MENEZES LEITÃO⁽⁵⁹⁾ a própria característica de contrato oneroso, implica a característica de contrato sinalagmático *uma vez que as obrigações do vendedor e do comprador constituem-se tendo cada uma a sua causa na outra (sinalagma genético), o que determina que permaneçam ligadas durante a fase de execução do contrato, não podendo uma ser realizada se a outra não o for (sinalagma funcional)*.

4.2.4 Contrato de natureza real, obrigacional e de execução instantânea

ARMANDO BRAGA⁽⁶⁰⁾ afirma que a compra e venda é *simultaneamente* um contrato com natureza real e obrigacional. Reforçando a ideia de contrato de natureza real, diz-nos ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA FRANÇA GOUVEIA⁽⁶¹⁾ que o legislador no CC não se limitou a dizer, apenas, *obrigação de transmitir ou transmitir-se-á*, antes disse, *transmite-se*, logo qualifica-se a compra e venda, forçosamente, como um contrato de natureza real. Além do mais, continuam as Autoras, os arts. 408º, n.º 1, 879º e 1317º al. a) são suficientes, só por si, para justificar tal entendimento⁽⁶²⁾. Ora, neste sentido encontra-mos também o Prof. Doutor INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽⁶³⁾ que atribuí à compra e venda natureza real constituindo assim um dos seus principais efeitos a *transmissão da propriedade ou do direito vendido*.

Classificamos o contrato de compra e venda como um negócio jurídico também obrigacional, por que para ambas as partes *nascem* direitos e deveres e para a sua celebração *basta o consenso*. Isto é, no processo de formação da compra e venda a entrega da coisa é *dispensável*. Portanto, a natureza obrigacional da compra e venda opõem-se ao contrato real *quoad constitutionem*, onde a relação contratual só se

⁵⁹ Ob. Cit., p., 16.

⁶⁰ Ob. Cit. p., 12.

⁶¹ Ob. Cit. p., 23.

⁶² Indubitavelmente, nesta fase, surge-nos a pergunta: O que se entende por direito Real? Direito real é um direito absoluto, independente de qualquer relação, podendo fazer-se valer contra qualquer outro direito. O direito real é válido *erga omnes*.

⁶³ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “*Contratos Civis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Respectiva Exposição de Motivos)*”, BMJ, 83, p., 117 e ss.

constitui após a entrega da coisa. É exemplo o depósito (art. 1185º do CC) onde a relação contratual só se constitui *depois de o depositante entregar a coisa ao depositário.*

Por seu turno, a natureza real do contrato de compra e venda é *quoad effectum* onde, normalmente, a transferência do direito real, *objecto do negócio jurídico*, dá-se por mero efeito do contrato, nos termos do art. 408º, n.º 1 do CC.

Para ilustrar toda esta situação, PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽⁶⁴⁾ dá-nos como exemplo o momento em que se celebra uma escritura de venda de um prédio, onde a propriedade se transfere para o comprador, independentemente da sua entrega.

Neste sentido, aponta também MENEZES LEITÃO⁽⁶⁵⁾ que, em primeiro lugar, a compra e venda é *um contrato obrigacional*, determinando a constituição de duas obrigações: a obrigação constante da al. b) do art. 879º, obrigação de entregar a coisa e, a obrigação constante da al. c), a obrigação de pagar o preço. Continua dizendo que, a compra e venda é também um contrato *real quoad effectum, uma vez que produz a transmissão de direitos reais* (art. 879º, al. a)).

O n.º 2 do art. 408º do CC, diz-nos, no entanto, que se tratando de uma venda de coisa genérica (o Autor supra citado, dá o exemplo de 100 Kg de trigo), só se transfere a propriedade aquando da concentração (art. 541º do CC) e não com a celebração do contrato. Mas qualquer que seja a situação, conclui o Autor, a propriedade transfere-se *sempre como consequência do contrato de compra e venda, não carecendo de subsequente acto de disposição.*

Por fim, diz-se contrato de execução instantânea ou de execução sucessiva⁽⁶⁶⁾ porque os seus efeitos *esgotam-se*⁽⁶⁷⁾ de uma só vez. Portanto, o efeito *translativo* é imediato. Todavia, o contrato de compra e venda pode ser um contrato de *execução continuada*, a que é exemplo, o contrato de fornecimento de gás onde uma das partes se obriga a prestar os bens de forma sucessiva ou continuada e o preço é pago pela outra parte de forma periódica⁽⁶⁸⁾.

⁶⁴ Ob. Cit. p., 25.

⁶⁵ Ob. Cit. p., 15.

⁶⁶ ARMANDO BRAGA, Ob. Cit. p., 13.

⁶⁷ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, Ob. Cit. p., 23. Em regra, o contrato de compra e venda é de execução instantânea: *a conduta exigível do vendedor – entrega da coisa – e a conduta exigível do comprador – pagamento do preço – esgotam-se num único acto ou num único momento.*

⁶⁸ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit., p., 17, considera que não devemos admitir os *contratos de execução continuada*, devido à sua natureza específica, como *verdadeiras compras e vendas*, devendo antes encarar-se como *contratos atípicos, ainda que afins da compra e venda.*

4.3 Forma do contrato de compra e venda

No que diz respeito à forma, ao contrato de compra e venda são aplicáveis as regras gerais estabelecidas nos arts. 217º e ss do CC, sendo que vigora o princípio da liberdade de forma estabelecido no art. 219º do CC⁽⁶⁹⁾, portanto, trata-se de um contrato *essencialmente consensual*⁽⁷⁰⁾.

Porém, adverte o art. 875º do CC que quando está em causa a compra e venda de bens imóveis o contrato só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado⁽⁷¹⁾. Entenda-se esta exigência do art. 875º aplicável a toda a *alienação de direitos reais sobre bens imóveis*⁽⁷²⁾, quer seja a propriedade, o usufruto, a hipoteca, etc..

No entanto, pode dispensar-se o documento autêntico se se tratar de bem adquirido com recurso ao crédito bancário, exigindo-se, apenas, nesta situação, a forma escrita⁽⁷³⁾, ou então, pode dispensar-se a escritura pública no caso de compra e venda de direito real de habitação periódica⁽⁷⁴⁾.

Outros contratos de compra e venda exigem também escritura pública⁽⁷⁵⁾. É o caso da alienação da herança (art. 2126º CC), da transmissão de quotas de sociedades (art. 228º CSC) e da transmissão total e definitiva do conteúdo patrimonial do direito de autor (art. 44º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos).

Dispõe o art. 220º do CC que a falta de forma legalmente prescrita para o contrato de compra e venda conduz à nulidade do negócio jurídico, aplicando o regime geral de nulidade previsto nos arts 286º e ss do CC. ARMANDO BRAGA⁽⁷⁶⁾ refere que a nulidade opera *ipso jure*, podendo ser invocada por qualquer interessado e sem dependência de prazo. A declaração de nulidade tem eficácia retroactiva e, atendendo ao

⁶⁹ ARMANDO BRAGA, Ob. Cit. p., 26, refere que vigora no domínio contratual *a regra da liberdade de forma. As exigências de forma assumem, pois, um carácter excepcional.*

⁷⁰ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit. p., 17. Neste sentido vai também ARMANDO BRAGA, Ob. Cit., p., 26; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, Ob. Cit. p., 21 e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, Ob. Cit. p., 88.

⁷¹ Segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, Ob. Cit. p., 88 e ss, e a sua *hierarquia formal*, dividida em três escalões, já apontados na página 30 deste trabalho.

⁷² PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit. p., 28.

⁷³ Decreto-Lei n.º 255/93, de 15 de Julho, disponível em: http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/Leg_geral_docs/DL_255_93.htm

⁷⁴ Art. 12º do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 180/99, de 22 de Maio, disponível em: http://www.ciab.pt/dc_pdf/contratos_geral/DL180-99de22-05.pdf

⁷⁵ ARMANDO BRAGA, Ob. Cit. p., 27.

⁷⁶ Ob. Cit. p., 28.

disposto no art. 289º CC, deve ser restituído tudo o que haja sido prestado ou, não sendo a restituição em espécie possível, dever ser restituído o valor correspondente.

Caso se verifiquem os requisitos formais e substanciais constantes do art. 293º o contrato de compra e venda viciado na sua forma, pode ser convertido num contrato promessa de compra e venda.

MENEZES LEITÃO⁽⁷⁷⁾ menciona que, em determinados casos, para além da forma especial, a compra e venda pode obrigar à realização/observação de determinadas formalidades. Por ex., é necessário observar, que numa escritura pública destinada à transmissão de prédios urbanos ou das suas fracções autónomas, deve fazer-se prova perante o notário da inscrição na matriz predial e correspondente licença de utilização⁽⁷⁸⁾.

PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽⁷⁹⁾ afirma, no entanto, que quando se trate, apenas da inobservância de certas formalidades, isto não implica a nulidade, nem a anulabilidade, mas tão-só contra-ordenações ou sanções acessórias, apresentando como exemplo os arts 5º e 6º do Decreto-lei n.º 281/99.

Nos termos do art. 223º do CC as partes são livres para estipular uma forma especial para a declaração, isto é, as partes podem acordar uma forma convencional.

4.4 O registo no contrato de compra e venda

Pese embora não esteja directamente ligado à forma de celebração do contrato de compra e venda, falemos agora de forma breve e, por último, no registo.

O registo, *não põe em causa a validade do contrato de compra e venda*⁽⁸⁰⁾.

Em boa verdade diz-nos HEINRICH EWALD HÖRSTER⁽⁸¹⁾ que o registo predial, tem-se destinado, *essencialmente, a “dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário”* (art. 1º do CRegPred). Assim sendo, continua o Autor, o registo *possui funções declarativas (ou enunciativas) em obediência ao facto de os direitos nele inscritos se terem constituído*

⁷⁷ Ob. Cit. p., 19 e ss.

⁷⁸ Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho.

⁷⁹ Ob. Cit. p., 29.

⁸⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit. p., 29.

⁸¹ HEINRICH EWALD HÖRSTER, “*Ignorare legis est lata culpa – Breves Considerações a respeito da aplicação do artigo 291º do Código Civil*” – in *Festschrift für CLAUS-WILHELM CANARIS zum 70. Geburtstag*, München, Verlag C.H. Beck, 2007, p., 682 e ss.

fora dele (embora não necessariamente sem ele). Portanto, primeiro o direito constitui-se (ou adquire-se) e depois de constituído (ou adquirido) regista-se, ou, para ser mais preciso, inscreve-se. Daqui resulta, inequivocamente, a natureza declarativa do registo.

HEINRICH EWALD HÖRSTER⁽⁸²⁾ garante que o registo *não dá (não cria) direitos e a sua falta também não os tira a quem seja o seu titular (sem os ter registado)*. Assim, diga-se, uma vez mais, *o registo não é constitutivo de direitos, mas apenas declarativo.*

Além disso, refere ainda o Autor, o facto de o direito estar inscrito no registo não garante *a sua existência efectiva a favor da pessoa inscrita como seu titular*, visto que a aquisição do direito poderia não se ter efectuado de uma forma válida. *Nem tão-pouco assegura a sua permanência a favor do adquirente*, isto porque a aquisição *pode ser retroactivamente destruída pelo exercício de um direito real (e legal) de preferência*, bem como pode ser *destruída em consequência dos efeitos retroactivos de uma decisão de anulação*, com base no disposto no art. 289º, n.º 1.

Deste modo, verificamos que o registo não é garantia de que a aquisição do direito nele inscrito se fez validamente. A garantia que o registo nos oferece é a de que *o direito uma vez existido na pessoa do seu titular, ainda se conserva – ainda não foi transmitido por este a outra pessoa*; o registo garante ainda ao titular do direito nele inscrito, sendo que a sua posição como titular do direito inscrito é *válida e inatacável*, a possibilidade deste alienar e transmitir validamente *ao adquirente a totalidade ou parte dos seus poderes sobre a coisa*.

Para HEINRICH EWALD HÖRSTER⁽⁸³⁾ o valor do registo *é bastante frouxo*, sendo que a lei registral, atendendo à sua natureza *meramente declarativa*, apenas oferece uma segurança equivalente, isto é, de *valor frouxo*.

Não obstante o que se acabou de dizer, o Autor considera que é imperioso incentivar o registo *(o mais completo e abrange possível)*, pois só através da *publicidade da situação jurídica dos prédios* é possível a segurança do comércio imobiliário.

Todavia, adverte HEINRICH EWALD HÖRSTER⁽⁸⁴⁾ que para a aquisição de um direito, *a inscrição no registo não interessa e que, para além disso não é obrigatória na*

⁸² “Ignorare legis est lata culpa – Breves Considerações a respeito da aplicação do artigo 291º do Código Civil” Ob. Cit., p., 682.

⁸³ “Ignorare legis est lata culpa – Breves Considerações a respeito da aplicação do artigo 291º do Código Civil” Ob. Cit., p., 683.

medida em que vale o princípio da instância (art. 41º CRegPred), havendo, portanto, a necessidade de serem encontradas outras soluções legais destinadas a obrigar as pessoas a registar. Assim, afigura-se como medida razoável a ameaça (lícita) a um adquirente de um direito de que caso não o registre, poder perder o seu direito a favor de um terceiro.

No entender do Autor acima referenciado, a lei institui o *ónus de registar e castiga o adquirente irresponsável e negligente que não regista, pela perda do seu direito a favor de um terceiro diligente que, desta maneira, é protegido em resultado de uma sanção que se inflige a quem não registar*. E facilmente se percebe, pois se o registo se apresenta como destinado, essencialmente, a dar publicidade da situação jurídica dos prédios aos respectivos interessados, estes apenas os podem conhecer se efectivamente esses direitos estiverem registados.

O art. 4º, n.º 1 CRegPred determina que ainda que não registados, os factos sujeitos a registo podem ser invocados entre as próprias partes, mas o mesmo já não acontece quando se fala de terceiros. Neste sentido, estipula o art. 5º, n.º 1 CRegPred que *os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo*, o que obvio se torna pois o terceiro não tem, naturalmente, conhecimento dos *factos não registados*. A única *fonte de conhecimento* ao alcance do terceiro é a *presunção derivada do registo, a fé pública do registo*. Logo, é nesta *fé pública* que o terceiro vai *confiar*.

Na sequência do que acima ficou exposto, ARMANDO BRAGA⁽⁸⁵⁾ assevera e, atendendo ao disposto no art. 2º, al. a) do CRegPred e art. 11º, n.º 1, al. a) do Código de Registo de Bens Imóveis, que o contrato de compra e venda de imóveis está sujeito a registo. O registo, continua o Autor, pode não ser *condição de validade*, mas permite a *transmissão plenamente válida e eficaz interpartes*.

Além da penalização ao adquirente pelo facto de não cumprir o ónus de registar o direito adquirido, HEINRICH EWALD HÖRSTER⁽⁸⁶⁾ fala-nos ainda de uma outra obrigatoriedade de registar, a *obrigatoriedade indirecta do registo* que consiste em

⁸⁴ “Ignorare legis est lata culpa – Breves Considerações a respeito da aplicação do artigo 291º do Código Civil” Ob. Cit., p., 683.

⁸⁵ Ob. Cit. p., 30.

⁸⁶ “Ignorare legis est lata culpa – Breves Considerações a respeito da aplicação do artigo 291º do Código Civil” Ob. Cit., p., 687.

responsabilizar as próprias entidades que titulam os factos sujeitos a registo pela efectivação deste (arts. 9º n.º 1 e 34º do CRegPred e arts 54º, n.º 2 e 62º do Código do Notariado). Para o Autor, não restam dúvidas que a estipulação destes artigos visa nada mais nada menos que *fortalecer* o objectivo *primordial* do registo: *a fé pública do registo*.

Portanto, no que ao registo diz respeito, concluímos dizendo que o princípio da publicidade impõe o registo da aquisição de um direito real, portanto, da aquisição de um direito absoluto com eficácia *erga omnes*, sendo necessário que todos os interessados possam conhecer a sua existência.

No sistema de título como o nosso, reconhece-se a importância e necessidade de uma publicidade adequada da transmissão do direito, tendo em vista essencialmente a defesa dos interesses de terceiro sendo, *normalmente declarativa e não constitutiva, sendo apenas uma condição de eficácia relativamente a terceiros do direito real validamente constituído por mero efeito do contrato* (art. 408º, n.º 1).

5. Efeitos essenciais do contrato de compra e venda

5.1 Efeitos reais:

5.1.1 A alínea a) do artigo 879º

Para NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁽⁸⁷⁾ a noção legal de compra e venda enunciada no art. 874º só fica completa com a leitura do art. 879º que enuncia os seus efeitos essenciais: a) a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito (art. 879º al. a)); b) a obrigação de entregar a coisa (art. 879º al. b)); c) a obrigação de pagar o preço (art. 879º al. c)).

Para o Autor impõe-se uma correcção que deve ser feita a este art. 879º do CC, nomeadamente no que concerne às alíneas b) e c) do respectivo artigo. Assim, diz-nos, a constituição dos deveres principais de entrega da coisa e de entrega do preço *não é um efeito essencial do contrato*. Para justificar tal discordância com o artigo aponta que:

⁸⁷ Ob. Cit., p., 12.

primeiro, existem contratos de compra e venda *sem obrigação de entrega da coisa*, é o caso, por ex., dos contratos de compra e venda de direitos de crédito e; em segundo lugar, afirma, existem contratos de compra e venda *sem obrigação de pagamento do preço*, é o caso, por ex., de as partes terem celebrado um contrato-promessa de compra e venda e o promitente-comprador tiver pago o preço.

Feito este reparo inicial, fazemos corresponder à alínea a) do art. 879º do CC um efeito real, sendo que a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito é um dos efeitos principais da compra e venda e *opera immediata e instantaneamente*, por mero efeito do contrato, nos termos do art. 408º, n.º 1 do CC.

Aliás, é no art. 408º n.º 1 que a ordem jurídica portuguesa regula a matéria da transmissão do direito de propriedade aplicando-se tal norma a todos os contratos transmissivos ou constitutivos de direitos reais.

O que o n.º 1 deste art. 408º do CC nos diz é que a *transferência ou a constituição de direitos reais não está na dependência da tradição da coisa, nem do respectivo registo de aquisição*⁽⁸⁸⁾. Não devemos esquecer que no nosso sistema jurídico o contrato de compra e venda se qualifica como um *contrato real quoad effectum*⁽⁸⁹⁾. Deste modo, assim que é celebrado o contrato, o adquirente passa a ser titular do direito objecto do contrato. O efeito real ocorre automaticamente no momento da formação do contrato, daí, a *propriedade é transmitida apenas com base no simples consenso das partes*⁽⁹⁰⁾, observado nesse momento. Ligado ao princípio da consensualidade⁽⁹¹⁾ (nos termos do qual *a constituição ou transferência dos direitos depende apenas da existência de um título de aquisição (titulus adquirendi)*. Sendo que o título *é só por si suficiente para produzir o efeito real, pelo que a transmissão da propriedade se verifica logo com a celebração do contrato de compra e venda*) está o princípio da causalidade⁽⁹²⁾ (nos termos do qual *a existência de uma justa causa de aquisição é sempre necessária para que o direito real se constitua ou transmita*) formando ambos os princípios o sistema de título, por nós adoptado⁽⁹³⁾, necessário para a constituição ou

⁸⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit. p., 31.

⁸⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit. p., 31.

⁹⁰ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit., p., 23.

⁹¹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit., p., 23.

⁹² LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit., p., 23.

⁹³ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, Ob. Cit. p., 36. O direito comparado apresenta-nos três distintos sistemas de constituição ou transmissão de direitos reais: o sistema do título e do modo (*o efeito real depende da existência, validade e eficácia de um título – de um acto por que se exprima a vontade de atribuir e adquirir – e de um modo – de um acto por que se realize a atribuição e a aquisição*); o sistema do modo e o sistema do título (*o efeito real depende exclusivamente do segundo acto – do acto por que se realizem a atribuição e a aquisição*). O sistema jurídico português de constituição e transmissão de

transmissão do direito real, posição que é reforçada pelo exposto no art. 408º, n.º 1 do CC⁽⁹⁴⁾.

Portanto, entre nós, consagrou-se o contrato de compra e venda no âmbito da venda real, isto é, só assim o adquirente no fim da celebração do contrato adquire *imediatamente* a propriedade da coisa que lhe foi vendida e pode *imediatamente* *opor erga omnes*, tratando-se de bens não sujeitos a registo, ficando, no caso de bens sujeitos a registo, essa oponibilidade a terceiros dependentes do cumprimento da obrigação de registar.

É, sem dúvida, da conjugação das normas do art. 408º, n.º 1, art. 879º, al. a) e art. 1317º al. a) do CC que podemos aferir em que momento a propriedade se transfere.

ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA FRANÇA GOUVEIA⁽⁹⁵⁾ apresentam-nos ainda uma questão pertinente que se suscita quanto ao texto da norma do art. 408º. Assim, referem as Autoras que será importante *determinar o significado do adjetivo «mero»* enunciado no texto da lei.

Este assunto é também abordado pelo Prof. Doutor RAÚL VENTURA⁽⁹⁶⁾ referindo que o art. 408º, n.º 1 do CC *não é claro em vários aspectos*. E um desses aspectos com menos clareza é precisamente o adjetivo *mero*, que no entender do Autor, *influência o entendimento da ressalva final*. Por um lado, se considerarmos o adjetivo *mero* como *um simples reforçativo*, a constituição ou transferência de direitos reais acontece *por mero efeito do contrato* e as *excepções ressalvadas* serão aquelas situações em que a *constituição ou transferência não se dá por efeito do contrato*, casos em que se torna necessário *um outro acto constitutivo ou translativo*. E neste ponto ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA FRANÇA GOUVEIA⁽⁹⁷⁾ colocam a pergunta: *e, logo, teriam efeitos meramente obrigacionais?*; Por outro lado, continua RÁUL VENTURA, podemos atribuir ao significado *mero algum sentido útil*, sendo que se assim for, a transmissão de direitos reais basta-se com o contrato. Mas também nesta última “solução” apresentada pelo Autor, ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA

direitos reais adoptou o sistema de título, segundo o qual o efeito real *depende exclusivamente do acto por que se exprime a vontade de atribuir e adquirir.*)

⁹⁴ Neste sentido aponta NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, Ob. Cit. p., 37, que o art. 408º, afirma os princípios da causalidade e da consensualidade e o art. 879º al. a) confirma-os no caso particular da compra e venda.

⁹⁵ Ob. Cit. p., 51.

⁹⁶ RAÚL VENTURA, “Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Efeitos essenciais do Contrato de Compra e Venda. A Transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa”, ROA, 1983, n.º 43, Vol. II, p., 593.

⁹⁷ Ob. Cit. p., 51.

FRANÇA GOUVEIA colocam outra questão: *sendo esta a regra, a exceção será estar a transmissão dependente ainda de outro facto, além do contrato?*

A doutrina de RAÚL VENTURA vai de encontro a esta última opção. Refere que o termo *mero* traz como referência o Código de Seabra em que aí sim *desempenhava esta mesma função* e que as *únicas exceções permitidas são as consagradas no n.º2*. Portanto, para o Autor o contrato de compra e venda apresenta sempre, sob pena de não preencher este tipo legal, o efeito de transmissão do direito de propriedade. RAÚL VENTURA juntamente com ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA FRANÇA GOUVEIA consideram que as *exceções enunciadas não dizem respeito ao facto que causa o efeito, mas apenas ao momento em que esse efeito é causado*⁽⁹⁸⁾.

Assim, continuam os Autores, no n.º 1 do art. 408º a propriedade transmite-se *por efeito e no momento do contrato*; já no n.º 2 do mesmo artigo a propriedade transmite-se *ainda por efeito do contrato, mas não no mesmo momento*.

E mesmo nos casos de reserva de propriedade, continuam, enunciados no art. 409º CC, que à primeira vista poderiam por em causa esta afirmação, mesmo nesses, a doutrina entende que *ainda que a transmissão da propriedade não seja consequência imediata da venda, o feito translativo emana sempre da venda*.

Sempre que no contrato de compra e venda não esteja em causa a transmissão imediata de direitos reais, mas sim de outros direitos, de que é exemplo os direitos de crédito ou de autor, o *efeito translativo* considera-se também imediato: assim, por mero efeito do contrato, o direito transfere-se para quem o adquiriu.

Nos termos do art. 408º, n.º 1 do CC ao efectuar-se a transmissão imediata do efeito real, dá-se também, a transferência imediata do risco. No momento da celebração do contrato, o comprador assume, nos termos do n.º 1 do art. 796º do CC o risco de deterioração ou perecimento do bem alienado, salvo nas situações em que o bem não foi entregue ao comprador por se ter estabelecido um termo a favor dele (art. 796º, n.º 2 do CC) ou por se ter apostado uma condição ao contrato (art. 796º, n.º 3 do CC). Portanto, segundo PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽⁹⁹⁾ *a titularidade do direito e o risco se reúnem na mesma pessoa (res perit domino)*.

⁹⁸ Ob. Cit., p., 52.

⁹⁹ Ob. Cit. p., 33.

Todavia, esta regra de que a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito se opera automaticamente por mero efeito do contrato, nos termos do art. 408º, n.º 1 do CC, comporta excepções.

Assim, nem sempre a transmissão da propriedade ou de outro direito real se dá de forma imediata podendo ser *diferida no tempo*¹⁰⁰). NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA refere também que o CC apresenta excepções ao princípio da causalidade e da consensualidade e permite *dissociar* o momento da conclusão do contrato e o momento da constituição ou transmissão do direito real¹⁰¹).

Quando se trate de obrigações genéricas (arts. 541º e 542º CC) é com a concentração *posterior à celebração do contrato, que o efeito translativo se produz*. PEDRO ROMANO MARTINEZ¹⁰²) dá-nos o exemplo de terem sido vendidas 1000 Kg de maçãs onde, normalmente, será com a entrega das mesmas (cumprimento) que se vai operar a transferência da propriedade.

Já quando se trate de obrigações alternativas (arts. 543º e ss do CC), o efeito translativo só se opera quando a escolha da prestação, em regra feita pelo devedor (art. 543º, n.º 2 do CC), chegar ao conhecimento da outra parte. No que toca à transmissão do direito real por via convencional, esta pode ficar dilatada para momento posterior à celebração do contrato, dependendo de facto futuro, certo ou incerto (por ex., condição ou termo, arts 270º e ss do CC).

Com muita regularidade o efeito translativo fica na dependência de facto futuro e incerto, que é o pagamento do preço; é o que, por exemplo, sucede na compra e venda com reserva de propriedade, prevista no art. 409º do CC. A reserva de propriedade consiste numa *condição ou um termo suspensivos da transferência da propriedade ou*

¹⁰⁰ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit. p., 27, diz-nos que *ao lado da venda real*, o direito admite outro tipo de venda, presentes nos sistemas do título, que é a *venda obrigatória que se caracteriza essencialmente pelo facto de o contrato de compra e venda nunca produzir efeitos reais, apenas tendo por função a constituição de obrigações, resultando assim a transferência da propriedade de um segundo acto, que o vendedor se obriga a praticar, o qual produz os efeitos reais*.

¹⁰¹ Ob. Cit., p., 37 e ss. Eis algumas das situações apresentadas pelo Autor: Compra e venda de coisa indeterminada (o direito real só se transfere quando a coisa for *“determinada com o conhecimento de ambos os contraentes”* (art. 408º, n.º 1, 1ª parte); Compra e venda de coisa futura (o direito real só se transfere *“quando a coisa for adquirida pelo alienante”* (art. 408º, n.º 2); Compra e venda de frutos pendentes (o direito real só se transfere quando os frutos forem colhidos (art. 408º, n.º 2)); Compra e venda de partes componentes ou de partes integrantes (o direito real só se transfere quando as partes componentes ou integrantes forem separadas (art. 408º, n.º 2)); Compra e venda com reserva de propriedade (o direito real transfere-se quando o facto previsto se verifique (art. 409º); Compra e venda de coisa alheia (o direito real transferir-se-á (se e) quando o vendedor adquirir por algum modo a propriedade da coisa ou o direito vendido (art. 895º)).

¹⁰² Ob. Cit. p., 34.

de outro direito real¹⁰³). O que acontece muitas vezes nos casos de contratos de compra e venda a prestações, é que a propriedade não se transfere para o comprador enquanto não for pago o preço.

5.2 Efeitos Obrigacionais:

5.2.1 A alínea b) do artigo 879º

À alínea b) e c) do citado artigo, fazemos corresponder os efeitos obrigacionais. Assim a alínea b) faz impender sobre o alienante a obrigação de entregar a coisa que vendeu; além de se efectuar a transmissão da propriedade por mero efeito do contrato, é também dado ao comprador um direito de crédito à entrega da coisa pelo vendedor, *o qual concorre com a acção de reivindicação (art. 1311º), que pode exercer enquanto proprietário da coisa*¹⁰⁴).

A obrigação de entregar a coisa vendida resulta do contrato, não constituindo um elemento necessário à sua formação, sendo de lembrar, que o negócio jurídico da compra e venda não é um negócio *real quoad constitutionem*. Ele é, antes, um negócio jurídico *real quoad effectum*, sendo que, portanto, a entrega da coisa nada tem a ver com a transmissão do direito.

Por este motivo, ARMANDO BRAGA¹⁰⁵) nos diz que a obrigação de entregar a coisa constante nesta al. b) do art. 879º do CC, é um dos *efeitos* essenciais do contrato de compra e venda, mas não é, porém, um *elemento* essencial do contrato¹⁰⁶). Tal como acima ficou dito, o Autor afirma também que *os efeitos* do contrato se produzem *independentemente* da entrega da coisa pelo devedor.

Todavia, é importante notar, tal como nos ensina RAÚL VENTURA¹⁰⁷) que a lei ao *criar* esta obrigação de entrega da coisa, *mostra que não se contenta com a*

¹⁰³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit., p., 36 e ss.

¹⁰⁴ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit. p., 31.

¹⁰⁵ Ob. Cit. p., 88.

¹⁰⁶ Neste sentido, RAÚL VENTURA, “*Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Efeitos essenciais do Contrato de Compra e Venda....*” Ob. Cit. p., 618, refere que *apesar de formalmente reunidos no art. 879º os três efeitos essenciais não têm a mesma importância. A al. a) e c) constituem também elementos essenciais típicos do contrato de compra e venda, a al. b) é só efeito essencial, isto por que para o requisito da al. b) não é necessário que sobre ele incida a vontade das partes, aparecendo como um efeito legal ou conteúdo legalmente obrigatório do contrato de compra e venda.*

¹⁰⁷ “*Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Efeitos essenciais do Contrato de Compra e Venda....*” Ob. Cit. p., 621.

atribuição do direito de propriedade ou da titularidade do direito, independentemente da situação em que a coisa se encontre e da disposição do vendedor de entregar ou não a coisa vendida. O que a lei pretende efectivamente é que o vendedor *realize aquilo que for necessário* para que o comprador venha a exercer o direito que adquiriu no contrato.

Mas, nem sempre existe a obrigação de entregar por parte do vendedor⁽¹⁰⁸⁾. Se falamos de uma coisa que o comprador já tinha em seu poder – quando o proprietário vende a casa ao inquilino ou então se falamos de contratos de compra e venda de direitos de crédito, em que não existe o dever de entrega. Também podemos ter situações em que a obrigação da entrega não seja da parte do vendedor mas antes de um terceiro (art. 767º do CC); por ex., suponhamos que a coisa vendida está depositada e à guarda de um terceiro.

Constituindo a entrega da coisa o cumprimento de uma obrigação, são lhe aplicáveis as regras gerais do cumprimento (arts. 762º e ss do CC) e do não cumprimento das obrigações (arts. 790º e ss do CC).

Assim, nos termos do art. 762º, n.º 2 do CC, o vendedor, ao entregar a coisa, bem como o comprador, ao exigi-la, devem proceder de boa-fé.

O acto de entrega da coisa, defende RÁUL VENTURA⁽¹⁰⁹⁾ *é um acto do vendedor*, acto ao qual o mesmo ficou vinculado pelo contrato de compra e venda e é através deste acto de entrega que o vendedor *cumpr*e a obrigação assumida. Portanto, continua, a entrega será uma *execução do contrato*.

Como em qualquer prestação, as partes possuem liberdade de acertar um termo, certo ou incerto, para o cumprimento da obrigação da entrega, sendo certo que, a coisa deve ser entregue ao comprador na data combinada. A este propósito refere NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁽¹¹⁰⁾ que caso se trate de uma obrigação de entrega a prazo ou a termo, devemos observar três situações, são elas: a) *prazo ou termo fixado no exclusivo interesse do devedor* (ora se assim for o comprador só pode exigir a prestação depois de chegada a data ou de concluído o prazo convencionado; o vendedor pode efectua-la a todo o tempo); b) *prazo ou termo fixado no exclusivo interesse do credor* (a prestação só é realizada pelo vendedor depois de chegada a data ou de ter findado o prazo. Já o comprador pode exigi-la a todo o tempo); c) *prazo ou termo fixado em favor*

¹⁰⁸ A este propósito LUÍS MANUEL TELE DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit. p., 32, refere que embora a obrigação da entrega da coisa seja um *efeito legalmente obrigatório do contrato, não constitui um elemento essencial do contrato de compra e venda*.

¹⁰⁹ “Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Efeitos essenciais do Contrato de Compra e Venda....” Ob. Cit. p., 626.

¹¹⁰ Ob. Cit. p., 42.

do credor e do devedor (nem o vendedor pode exigir a prestação, nem o devedor por efectua-la antes de chegar a data ou de findar o prazo).

Estipula o art. 777º, n.º 1, que não existindo acordo quanto à data de entrega, pode o adquirente exigir a todo o tempo o cumprimento da obrigação, podendo o vendedor, independentemente da interpelação, entregar a coisa ao comprador.

Determina o art. 773º, n.º 1, que na falta de estipulação em contrário, a coisa deve ser entregue no lugar onde se encontrava na data da conclusão do contrato, ou então, diz-nos o n.º 2 do mesmo artigo, onde vier a ser produzida.

Tratando-se de obrigações de envio, rege o art. 797º que o vendedor obriga-se a enviar a coisa para local diferente do lugar do cumprimento, sendo que o risco se transfere com a entrega ao transportador.

Importa dizer ainda que a coisa deve ser entregue ao comprador no estado em que se encontrava no momento da venda (art. 882º, n.º1). Isto significa que, por um lado, *o vendedor não pode praticar actos que alterem o estado da coisa*, antes e, por outro, o vendedor deve realizar actos que levem, isso sim, à *conservação da mesma*⁽¹¹¹⁾.

Salvo estipulação em contrário, deve acompanhar a obrigação de entrega da coisa, documentos respeitantes à coisa ou direito, bem como as partes integrantes e frutos pendentes (art. 882º, n.º 2 e 3); todavia, não é devida, em princípio, a entrega das coisas acessórias, nos termos do art. 210º, n.º 2.

PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽¹¹²⁾ relata que a *obrigação de entregar a coisa no estado em que se encontrava não altera as regras do risco decorrentes do art. 796º*. Assim, por força do princípio *ubi commodum ibi incommodum*⁽¹¹³⁾ e, nos termos do seu n.º 1, o risco recai sobre o comprador, se não tiver sido constituído termo quanto à entrega da coisa a favor do alienante (art. 796º, n.º 2) ou se se tiver determinado condição resolutiva ou suspensiva sem entrega da coisa (art. 796º, n.º 3). Na situação de a coisa se deteriorar por causa não imputável ao vendedor no período correspondente à data da celebração do contrato e da entrega, não se fundando esta dilação em nenhuma das situações atrás indicadas, o risco é assumido pelo comprador.

¹¹¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit. p., 45.

¹¹² Ob, Cit. p., 46.

¹¹³ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit. p., 30 e ss.

Se por ventura a deterioração da coisa for imputável ao vendedor¹¹⁴), aplicamos as regras do cumprimento defeituoso. Isto é, se entre a data da venda e a da entrega a coisa se deteriorar, perdendo qualidades ou adquirindo vícios, existindo culpa do vendedor, que se presume (art. 799º), é ele responsável pelo não cumprimento da obrigação de entrega (art. 918º)¹¹⁵).

Não havendo entrega da coisa vendida estamos perante um incumprimento e aqui importa apurar se é imputável ao vendedor, sendo certo que é válida a regra da presunção de culpa prevista no art. 799º, n.º 1 do CC.

Se preenchidos os pressupostos da excepção de não cumprimento previstos no art. 428º, é lícito ao vendedor recusar a entrega da coisa vendida. Ainda que o vendedor se tenha obrigado a entregar a coisa vendida antes de lhe ser pago o preço, nos termos do art. 468º do CCom, *considerar-se-á exonerado de tal obrigação se o comprador falir antes da entrega, caso em que poderá recorrer à excepção de não cumprimento*¹¹⁶).

Perante a situação de incumprimento, pode o comprador reagir lançando mão da execução específica, em especial, se se tratar de uma obrigação de entrega de coisa certa (art. 827º). É-lhe também dada a faculdade de interpor uma acção de reivindicação (art. 1311º), se já é proprietário ou titular de outro direito real ou então uma acção de restituição (art. 1278º), se adquiriu a posse por constituto possessório (art. 1264º).

Em qualquer das situações ao comprador assiste-lhe o direito de ser indemnizado (art. 562º e ss), derivando a indemnização do incumprimento da obrigação de entrega, em especial, a que resulta da mora (art. 804º e ss), só fazendo sentido se for exigida cumulativamente com a obrigação de entrega de coisa certa.

Em sumula sabemos que ao vendedor impede o principal dever que é a obrigação de entrega da coisa, podendo também surgir, ao lado desta obrigação, outras obrigações decorrentes dos princípios gerais, tais como o dever de informação e conselho, de assistência pós-venda. Sendo que o incumprimento de tais obrigações faz o vendedor incorrer em responsabilidade contratual.

¹¹⁴ No dizer de RAÚL VENTURA, “O Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Efeitos essenciais do Contrato de Compra e Venda...” Ob. Cit. p., 628, é obrigação do vendedor entregar a coisa no estado em que se encontrava ao tempo da venda.

¹¹⁵ RAÚL VENTURA, Ob. Cit. p., 629.

¹¹⁶ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit., p., 47.

5.2.2 A alínea c) do artigo 879º

No que concerne ao pagamento do preço a que se refere a alínea c) do art. 879º CC, trata-se também de um dos efeitos essenciais do contrato de compra e venda, - e também a obrigação principal a cargo do comprador⁽¹¹⁷⁾ - constituindo uma obrigação pecuniária (art. 550º) que recai sobre o comprador, podendo ser em moeda específica (arts. 552º e ss) ou em moeda estrangeira (art. 558º).

Para ARMANDO BRAGA⁽¹¹⁸⁾ o preço é uma *contrapartida da transmissão da propriedade da coisa vendida*, que deve ser fixado em dinheiro, não sendo, no entanto, necessário que seja fixado apenas em dinheiro, bastando que constitua a *parcela principal*. Na fixação do preço atendemos ao princípio da liberdade contratual – em regra o preço é *convencionado* pelas partes⁽¹¹⁹⁾ - salvo nas situações em que o preço é fixado por entidade pública.

Atendendo às regras gerais sobre o objecto negocial, estabelecidas no arts 280º e ss, não se torna necessário que o preço, no contrato de compra e venda, esteja determinado no momento da celebração do contrato, bastando que seja determinável⁽¹²⁰⁾.

Se por alguma circunstância, as partes não tiverem fixado o preço, nem tiverem determinado terceiro ou uma delas para o fazer, tal como estabelece o art. 400º, o preço é definido nos termos do art. 883º⁽¹²¹⁾, que estabelece como critérios supletivos: 1) o preço que o vendedor normalmente praticar à data da conclusão do contrato e; 2) o do mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deva cumprir. Prevalece o primeiro critério sobre o segundo, sempre que se trate de bens que o vendedor aliena com frequência, *é o preço por ele habitualmente praticado que se considera como preço contratual, independentemente de o preço do bem no mercado ou bolsa ser diferente daquele*⁽¹²²⁾; caso não se trate de bens que o vendedor aliene com

¹¹⁷ ARMANDO BRAGA, Ob. Cit. p., 82.

¹¹⁸ Ob. Cit. p., 82.

¹¹⁹ ARMANDO BRAGA, Ob. Cit. p., 82.

¹²⁰ Neste sentido nos refere também ARMANDO BRAGA, Ob. Cit. p., 82, que, apesar de o preço ser um elemento fundamental no contrato de compra e venda, *não é indispensável à validade deste que ele seja logo determinado no contrato*.

¹²¹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit. p., 37, defende que o art. 883º do CC é *simultaneamente* uma norma *supletiva e interpretativa*, porque é aplicada não apenas como critério supletivo, sempre que as partes nada refiram sobre a determinação do preço, mas também é aplicada como critério interpretativo, sempre que as partes façam alusão à expressão “*preço justo*”.

¹²² LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Ob. Cit. p., 37.

frequência, já é válido como preço supletivo o do mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deva cumprir. Na circunstância de nenhum destes critérios serem aplicáveis, o preço é determinado, atendendo ao disposto no art. 883º, n.º 1 *in fine*, pelo tribunal segundo juízos de equidade.

Se a fixação do preço ficar a cargo de uma das partes, esta deve fixá-lo de acordo com juízos de equidade, nos termos do art. 400º. No art. 466º do CCom estabelece-se também a hipótese de as partes acordarem um critério de determinação do preço, ou então se este ficar ao arbítrio de terceiro, por vontade delas.

Nos termos do art. 551º é possível o preço ser fixado por referência a elementos ainda desconhecidos ou indexado a certos valores.

PEDRO ROMANO MARTINEZ¹²³) diz-nos que a autonomia privada permite ainda muitas outras formas de determinação do preço. Não sendo fixado por entidade pública, as partes têm liberdade para o fixar, *não havendo qualquer necessidade de corresponder ao valor de mercado ou outro da coisa vendida, desde que não ponha em causa as regras da concorrência*. Continua o Autor dizendo que exceptuando as situações de vício da vontade (art. 251º) ou coacção moral (art. 255º) e, em especial, a usura (art. 282º), *o contrato de compra e venda em que o preço seja manifestamente exorbitante ou irrisório é, ainda assim, válido*. Todavia, é o negócio anulável nos termos gerais, se o montante irrisório ou exorbitante resultar de erro de uma das partes como erro na declaração (art. 247º) ou erro-vício (art. 251º). É importante reter que valor insignificante ou excessivo pode configurar uma simulação passível de aplicação do art. 240º.

Sendo certo que o contrato não fica concluído se as partes não acordarem quanto ao montante do preço (art. 232º).

Pela obrigação de pagar o preço constituir uma obrigação pecuniária, aplicam-se-lhe as regras gerais do cumprimento (arts. 762 e ss) e do não cumprimento (arts. 790º e ss), quer por factos não imputáveis (arts 790º e ss) quer por factos imputáveis ao comprador (arts 798º e ss). Pode ainda o comprador, nos termos gerais, recorrer à excepção de não cumprimento, nos termos do arts 428º e ss, *se a coisa não for entregue ou à exceptio non rite adimpleti contractus se a coisa vendida e entregue padecer de defeito*¹²⁴).

¹²³ Ob. Cit. p., 50.

¹²⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit., p., 52.

Estipula o art. 767º que o preço deve ser pago pelo comprador na data acordada para o efeito ou, não existindo data definida, na data estipulada para a entrega da coisa.

No que concerne ao modo de pagamento, vele, desde logo, o acordo das partes; *na falta deste acordo, ainda que tácito, o preço deve ser pago na totalidade, podendo ser efectuado em espécie ou, quando a lei impõe a sua aceitação, por meio de cheque*⁽¹²⁵⁾.

Normalmente, se as partes não acordarem em sentido contrário, as despesas de pagamento, por ex., transferências bancárias, são da responsabilidade do comprador.

Dispõe o art. 804º que o comprador que na data estipulada como de vencimento não pagar o preço, entra em mora e, se nada for acordado em sentido diverso, entra em juros de mora (art. 806º). O vendedor pode assim exigir ao comprador, por meio da acção de cumprimento, o preço em falta acrescidos de juros de mora.

Diz-nos ARMANDO BRAGA⁽¹²⁶⁾ que o facto de existir mora no pagamento do preço não dá ao vendedor o poder de *resolver o contrato*. Pode, isso sim, exigir, nos termos do art. 817º, judicialmente o cumprimento da obrigação de executar o património do devedor. O vendedor, apenas, poderá *resolver o contrato* se em resultado da mora perder o interesse que tinha na prestação ou se esta não for realizada dentro do prazo suplementar que ele próprio tiver fixado (art. 808º). Porém, o vendedor não poderá resolver o contrato com fundamento na falta de pagamento do preço se já tiver sido transmitida a propriedade da coisa, ou do direito sobre ela, e tiver sido feita a sua entrega. Esta regra constante do art. 886º é uma regra supletiva e pode ser, no entanto, afastada mediante convenção em contrário.

Na eventualidade da coisa ainda não ter sido entregue, pode o vendedor fazer uso da excepção do não cumprimento do contrato (art. 428º). Não existindo no contrato de compra e venda prazos diferentes para o cumprimento das prestações, pode o vendedor, de acordo com o Autor supra citado, *recusar a entrega da coisa enquanto o comprador não liquidar o preço*.

Atendendo às regras gerais do direito probatório expostas nos art. 342º, n.º 2º, é da responsabilidade do comprador fazer prova do pagamento do preço. Para o efeito, pode o comprador exigir do vendedor a *quitação*, ou seja, uma declaração escrita onde conste que o preço se encontra liquidado. Desta forma, é possível ao comprador recusar o pagamento do preço enquanto tal *quitação* não lhe for fornecida pelo vendedor. Se o vendedor não fornecer a declaração ao comprador, *incorrerá em mora*. Mesmo depois

¹²⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit. p., 52.

¹²⁶ Ob. Cit. p., 84.

de ter pago o preço, pode o comprador exigir a equitação ao vendedor, nos termos do art. 787º, n.º 2)

Via de regra, salvo convenção ou usos em contrário, com o pagamento do preço, o comprador paga também as despesas do contrato (art. 878º). Estas despesas, normalmente, dizem respeito à escritura e a outros custos resultantes deste tipo de negócio como sejam, imposto de selo, IVA etc. O art. 878º refere ainda que outras despesas acessórias também ficam a cargo do comprador. Neste caso concreto, PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽¹²⁷⁾, diz-nos que o artigo quando nos fala destas «outras despesas acessórias» se querará referir, apenas, a despesas *relacionadas somente com a celebração do contrato de compra e venda*, como por ex., despesas fiscais, *não englobando outros custos, como o transporte ou o empacotamento da mercadoria vendida*. Continua o Autor, dizendo que, *despesas preparatórias*, como honorários de terceiros que preparam o contrato e todas as demais despesas resultantes da obtenção de documentos necessários à celebração da escritura, se excluem das despesas do contrato a serem suportadas pelo comprador.

Em jeito de finalização deste capítulo – contrato de compra e venda – podemos dizer que a nossa ordem jurídica assume a transmissão da propriedade por efeito do contrato de compra e venda, salvo excepções permitidas pela lei.

O art. 409º assume especial relevância, uma vez que admite grandemente a vontade das partes no deferimento do momento da transmissão da propriedade. Não obstante isto, entende a doutrina que não existe qualquer excepção ao princípio nos termos do qual a transmissão se opera por efeito do contrato: a causa da transmissão é sempre o contrato de compra e venda.

No direito português o contrato de compra e venda assume sempre a natureza real *quoad effectum*.

6. Considerações finais

Antes de avançarmos para a explanação do Capítulo II a que nos propusemos aquando da elaboração do Projecto de Tese, não poderíamos deixar de o fazer, sem

¹²⁷ Ob. Cit. p., 55.

antes dar, ainda que de forma muito limitada (por que certamente não possuímos argumentação jurídica suficiente e em moldes adequados para que o possamos fazer de uma forma clara, correcta e perceptível) e, mesmo correndo o risco de errar ou não dizer coisas completamente certas, atrevemo-nos, ainda assim, a salientar alguns aspectos que gostaríamos.

Ficou claro do que se disse nas páginas anteriores, que o nosso Código Civil consagra a matéria dos Contratos no Livro II, intitulado *Direito das Obrigações*, no seu Título I (*Direito das Obrigações em geral*) e, precisamente, no Capítulo II, Secção I que nos fala dos Contratos. Do mesmo modo, prevê este Livro II, no seu Título II *Dos Contratos em especial*, tendo logo à cabeça o seu Capítulo I a *Compra e Venda*.

Esta sistematização do CC português que acabamos de apontar prende-se com a tentativa do legislador em atribuir ao contrato uma função social e, sobretudo, atribuir à compra e venda (modalidade de contrato de mais uso na nossa sociedade) uma perspectiva de *funcionalização*.

Mas esta tentativa de atribuir ao contrato de compra e venda uma perspectiva funcional, não é novidade alguma; o legislador português e, muito bem, foi busca-la aos teóricos do direito positivo, daí esta sistematização do nosso Código Civil.

Neste aspecto, é muita a nossa identificação com RODRIGO XAVIER LEONARDO¹²⁸, por referência na sua obra a Orlando Gomes, na medida em que a parte especial do Código Civil não é merecedora, no nosso meio, de uma correcta indagação do *porquê* de tais regras; antes procura-se e, muitas vezes de forma ansiosa e meio desorientada, saber o seu *significado* e sua *operatividade*, não se dando qualquer atenção à *base sobre a qual foram construídas*, nem menos ainda, fazer um exame rigoroso e preciso sobre a *ideologia que as impulsiona, disfarça ou distorce a sua função*.

A única preocupação será a de admitir o contrato de compra e venda como um meio que permite eficazmente a circulação de riquezas, portanto, ele é visto, desde logo, como instrumento funcional ao serviço do capitalismo. Por isso, não é de estranhar esta atribuição ao contrato de compra e venda de uma *funcionalidade económica*.

Tal acontece não desde que esta figura foi positivada na lei. Não! Aliás, antes de o contrato de compra e venda ser admitido como negócio jurídico já a colectividade tinha a noção de contrato. Mesmo antes de ser positivado na lei já a sociedade realizava

¹²⁸ RODRIGO XAVIER LEONARDO, “A Função Social dos Contratos: ponderações após o primeiro biénio de vigência do Código Civil”, disponível em: <http://www.losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>

negócios e talvez por isso, embora com algumas alterações de pensamento desde essa época, o nosso contrato de compra e venda inserido no Título II do CC herdou, invariavelmente, a perspectiva de contrato funcional. Além do mais tal entendimento é inferido pela própria dinâmica que o contrato de compra e venda exige - existência de uma outra pessoa para o seu normal desenvolvimento.

Esta visão dada ao contrato de compra e venda é atribuída pelo pensamento económico liberal onde a *razão* e os *limites* do contrato são postos à merce da planificação económica do Estado.

Não se pense porém que nos opomos a este pensamento e a esta realidade dos nossos dias; Até porque não teríamos qualquer argumento preciso e concreto para o fazer. Simplesmente entendemos que, para além desta visão de contrato – função – circulação de riqueza – deve ser bem vincada a visão de contrato como instrumento de ordem social, encarado como um negócio destinado a regular relações jurídicas entre as pessoas e mais particularmente, como um elemento vivo, adequado e seguro a que quaisquer elementos de uma comunidade possam lançar mão, tendo sempre a certeza que, dentro dos possíveis, o contrato de compra e venda assegurar-lhes-á uma repartição justa dos bens que se pretendem transaccionar (evitando ou excluindo situações em que por vezes são praticados preços exorbitantes levando a uma situação de grande iniquidade social).

Portanto, pretendíamos que a visão de funcionalidade do contrato andasse de mãos dadas com a visão de contrato como instrumento de justiça social.

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO DA LIBERDADE CONTRATUAL E AS RESTRIÇÕES NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

Sumário: 1. O princípio da liberdade contratual: origem histórica. 2. Codificação do princípio da liberdade contratual: O artigo 405º do Código Civil. 3. O princípio da liberdade contratual e o contrato de compra e venda. 4. O princípio da liberdade contratual e o artigo 877º do Código Civil.

1. O princípio da liberdade contratual: origem histórica

Os princípios ideológicos aplicáveis aos contratos datam do séc. XIX, reconduzindo-se na sua essencialidade a uma única ideia: a liberdade de contratar. Tal liberdade é fruto de um direito amadurecido da burguesia e da hegemonia económica, cultural e política em que na época se vivia, considerando-se então que a conclusão de qualquer contrato devia consistir numa operação completamente livre para as partes envolvidas no negócio. E esta liberdade traduzia-se na liberdade de os contraentes interessados terem o poder de decisão, desde logo, no que concerne à escolha da parte com quem queriam concluir o negócio, no poder de decidir se estipulavam ou não estipulavam um determinado contrato, quais as cláusulas que o mesmo deveria conter e qual o preço que, dentro da sua soberania individual de juízo, o contrato estaria sujeito.

Considerava-se que o legislador e os tribunais não deviam interferir, de maneira nenhuma, na livre escolha dos contraentes privados. Isto é, não se afigurava possível que a liberdade contratual *fosse submetida a vínculos positivos*⁽¹²⁹⁾.

Os limites a tal liberdade eram admitidos como *exclusivamente negativos*, tidos como *puras e simples proibições*, sendo que mesmo estas limitações ao princípio eram *toleradas em muito estreita medida*, admitindo-se, apenas, exceções ao princípio da

¹²⁹ ENZO ROPPO, Ob. Cit., p., 32.

liberdade destinadas a impedir *vínculos limitadores da actividade própria*, uma vez que se entendia que o exercício da liberdade contratual da pessoa que os assumia ficava afectada no futuro e, de um modo geral, tentava evitar-se lesar o sistema precisamente fundado na liberdade *tendencialmente ilimitada* do tráfico jurídico⁽¹³⁰⁾.

Paralelamente a estes limites puramente negativos à liberdade de contratar admitia-se também a *exigência de tutelar sujeitos que, pelas suas condições psico-físicas*, eram indivíduos considerados não aptos a exercer de modo consciente a sua liberdade, derivando daqui as agora conhecidas e estudadas incapacidades dos menores e dos diminuídos mentalmente. Mas se os incapazes eram de forma mais ou menos organizada protegidos pelos limites impostos ao princípio da liberdade contratual, o mesmo já não se pode dizer no que toca à protecção conferida aos indivíduos com menor poder económico e social.

No que a este assunto diz respeito – protecção dos desfavorecidos economicamente -, entendia o legislador que ao poder público não cabia intromissão sob pena de estar a *limitar o poder contratual dos homens livres, adultos e mentalmente saudáveis*⁽¹³¹⁾.

E ao longo de muitos anos, os contraentes, dando uso ao princípio da liberdade contratual de tendência *ilimitada*, tinham, por um lado, o poder de escolha e decisão cabendo-lhe decidir se queriam contratar ou não, em que circunstâncias ou condições o queriam fazer e, por outro lado, do compromisso que poderiam ou não assumir com a celebração daquele contrato resultando uma *responsabilidade* também ela *tendencialmente ilimitada*, sendo que o contrato era na altura do *Code de Napoléon* admitido como *força de lei*.

Entendia o art. 1134º do Código acima referido que cada pessoa na liberdade que possui pode decidir ou não se quer comprometer, mas se assim decidir – optar por se comprometer – *fica ligado irrevogavelmente à palavra dada: «pacta sunt servanda»*. Só assim se assegura, neste entender, uma rigorosa circulação da riqueza (não esqueçamos a função do contrato abordada no capítulo anterior deste trabalho) de modo que as *previsões* e os *cálculos* das pessoas envolvidas na troca não se frustrem, antes fiquem eficientemente satisfeitas.

Neste sistema capitalista em que o princípio da liberdade contratual nasceu e se criou, alicerçado precisamente na mais vasta liberdade de contratar, não havia espaço

¹³⁰ ENZO ROPPO, Ob. Cit., p., 33.

¹³¹ ENZO ROPPO, Ob. Cit., p., 34.

para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações económicas⁽¹³²⁾.

A justiça que regularia a relação contratual era aquela que havia sido expressada pela livre vontade das partes no contrato; portanto esta justiça correspondia, nem mais, à vontade manifestada de forma espontânea das partes e correspondia aos seus interesses expressos no conteúdo do contrato levando isto sim, entendia-se, a uma *igualdade jurídica: eram respeitados os cânones da justiça comutativa*.

Podemos traduzir, pois, o que acima ficou dito na seguinte fórmula: se somar-mos a liberdade de contratar mais a igualdade formal obtemos o resultado de contrato justo que, por conseguinte, nos leva ao resultado da satisfação e prossecução dos interesses das partes envolvidas no contrato mais a satisfação e prossecução dos interesses da colectividade em geral.

Estamos, claramente, no plano do Estado *laissez-faire, laissez-passer*⁽¹³³⁾ o bem da Nação é assegurado de forma independente, sem necessidade de intervenção pública, pelos particulares que movidos pelos seus interesses, pelas suas iniciativas e, atrevemo-nos a dizer, pelos seus egoísmos, coordenam e orientam a concorrência a bem da sociedade e da Nação.

Na segunda metade do séc. XX o pensamento já começava a ser diferente; já se admitia e considerava que o bem público além de passar pela liberdade contratual, princípio indiscutivelmente fundamental, passa também pela intervenção dos tribunais.

Ora, só assim se assiste a uma progressão no que a este princípio concerne: são-lhe acrescentados novos valores e novas orientações, traduzindo-se a força deste princípio na igualdade de todos os indivíduos perante a lei, sem quaisquer discriminações ou privilégios conduzindo a um novo *nascimento* de uma sociedade onde se dinamizavam as iniciativas e livremente se manifestava o potencial produtivo de cada sujeito.

ENZO ROPPO⁽¹³⁴⁾ afirma que o princípio até então envolvia e *aprisionava* o sujeito numa *organização económica-social fechada, pouco dinâmica*, encontrando-se submetido a uma série de *incapacidades legais que lhe prejudicavam a plena expansão*.

¹³² ENZO ROPPO, Ob. Cit., p., 35.

¹³³ ENZO ROPPO, Ob. Cit., p., 35.

¹³⁴ Ob. Cit., p., 36.

E é por esta nova concepção de princípio da liberdade de contratar que a sociedade é impulsionada a organizar relações sociais contratuais. Aos cidadãos é assegurada a liberdade de contratar de forma justa, devido à igualdade jurídica existente entre as partes do contrato.

Mas adverte ENZO ROPPO⁽¹³⁵⁾ esta igualdade jurídica é apenas uma *igualdade de possibilidades abstractas, igualdade de posições formais*, sendo que na realidade o que se passa é que estando a sociedade dividida em classes sociais, existem *gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força económico-social* entre as partes possuidoras de *riqueza e poder* e as partes que apenas dispõem da sua força de trabalho. Lembremos tão-só do contrato de trabalho, exemplo que ilustra bem o que se acaba de dizer: a entidade empregadora detentora do controle e de poder e o trabalhador detentor da sua mão-de-obra encontram-se, num plano formal, em posições jurídicas iguais com liberdade para fixarem o conteúdo do contrato de trabalho. Mas como demonstra a história do capitalismo, o trabalhador atento à sua necessidade de subsistência, aceita quase todas as condições estabelecidas pelo empregador. E, nos dias que correm, assistimos não raramente a trabalhadores muito mal remunerados, com horários de trabalho muito além do permitido, etc etc.

É evidente que a estratificação da sociedade impõe apenas que se tenha uma igualdade jurídica formal dos contraentes, resultando disparidades de *poder contratual* entre *partes fortes e partes débeis*.

Quantos de nós, certamente, já não viu a sua vontade a ser estrangida em prol de interesses dos mais poderosos? Muitos, decerto!

Não será então o princípio da liberdade contratual e da igualdade das partes um disfarce da lei? E será também ele um mecanismo ao serviço do capitalismo?

ENZO ROPPO⁽¹³⁶⁾ afirma que o princípio da liberdade contratual é, de facto, *um instrumento funcionalizado* (esta funcionalização não nos é estranha. Recorde-se, uma vez mais, o que no capítulo anterior ficou dito relativamente ao contrato de compra e venda) *para operar do modo de produção capitalista e, neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista*.

¹³⁵ Ob. Cit., p., 37.

¹³⁶ Ob. Cit., p., 39.

Neste sentido, aponta também JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO¹³⁷) dizendo que a liberdade está *directamente ligada aos princípios funcionais do mercado, sendo valorada enquanto elemento constitutivo da ordem de concorrência*. Ora assim sendo, temos uma liberdade de contratar estimulada pelos mecanismos da concorrência, sendo que estes instrumentos são accionados apenas pela tomada de consciência e de informação da parte da sua liberdade de contratar e da sua escolha sobre a contraparte.

2. Codificação do princípio da liberdade contratual: O artigo 405º do Código Civil

A primeira codificação do princípio da liberdade contratual ocorre no *Code Civil français de 1804*, tendo os restantes ordenamentos jurídicos procedido à sua consagração, transformando-o cada país, como é evidente, de acordo com as suas especificidades e contexto histórico, cultural, económico e social.

No que a nós nos diz respeito, o nosso legislador acolheu o princípio da liberdade contratual no art. 405º do CC. Este artigo consagra o princípio da liberalidade de contratar, do qual decorre a possibilidade de as partes contratarem ou não e, contratando, de fixarem livremente os termos do contrato.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹³⁸) referem que o princípio da liberdade contratual a que alude este art. 405º do CC é *uma aplicação da regra da liberdade negocial* e são os dois *um corolário do princípio da autonomia privada*¹³⁹). Para ABÍLIO NETO¹⁴⁰) o princípio da autonomia privada traduz-se na *possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as suas posições activas reconhecidas pela ordem jurídica*. Ora, atendendo também ao que nos ensina o Prof. Doutor HEINRICH HÖRSTER¹⁴¹) e, no reforço do que ficou dito, a autonomia privada é o *princípio da conformação autónoma das relações jurídicas por parte do indivíduo segundo a sua vontade*.

¹³⁷ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p., 45.

¹³⁸ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Vol. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, (4ª Edição), p., 355.

¹³⁹ Neste sentido, ver também ARMANDO BRAGA, *Ob. Cit.*, p., 11.

¹⁴⁰ ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, Lisboa, EDIFORUM – Edições Jurídicas, Lda, 2010, (17ª Edição), p., 339.

¹⁴¹ *A Parte Geral do Código Civil Português*, *Ob. Cit.*, p., 52.

Sustenta ENZO ROPPO⁽¹⁴²⁾ que a autonomia privada assenta na vontade das partes como a principal *fonte de determinação do regulamento contratual*. MARTA G. PINTO⁽¹⁴³⁾ acrescenta que esta liberdade tem tradução na liberdade de as pessoas regerem a sua vida como *entenderem conveniente, liberdade para regulamentar as suas relações e o modo de realização dos seus interesses*. Portanto, assistimos aqui a uma ligação entre o princípio da liberdade contratual exposto no art. 405º CC e o valor da autodeterminação de cada pessoa como um direito de *conformar o mundo e conformar-se a si próprio*, sendo certo que, a função deste princípio é coadjuvada por outros princípios, como o princípio da protecção das expectativas de confiança do destinatário e o princípio da protecção de segurança no tráfego jurídico⁽¹⁴⁴⁾.

3. O princípio da liberdade contratual e o contrato de compra e venda

E é sob este conceito de *liberdade contratual* que se encontra a norma do art. 405º do CC. Ora, se assim é, nos termos deste artigo ninguém pode ser forçado a realizar um contrato, sendo que as partes são, desta forma, livres de celebrar ou não celebrar um contrato; se o fizerem, deve atender-se sempre ao estipulado nos arts 405º e 227º, n.º 1, tendo em atenção os deveres de protecção, informação e lealdade. É importante notar ainda que o princípio da autonomia privada tem consagração constitucional.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁽¹⁴⁵⁾ referem, contudo, que esta norma sofre excepções, por exemplo, a constante no art. 410º CC.

MARTA G. PINTO⁽¹⁴⁶⁾ apresenta-nos a liberdade constante no art. 405º como desdobrada a *dois níveis*. O primeiro diria respeito à liberdade de celebrar contratos, portanto, a cada pessoa é dada a liberdade de realizar os negócios que lhe aprouver, estejam eles previstos *ou não* na lei; o segundo, diria respeito à *liberdade de estipulação*, portanto, à liberdade de as partes regerem e definirem *elas próprias* o *conteúdo* de cada contrato que celebrem. Acentuando o que foi dito pela Autora, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁽¹⁴⁷⁾ afirmam que no art. 405º do CC é possível

¹⁴² Ob. Cit., p., 142.

¹⁴³ MARTA G. PINTO, na sua Dissertação de Mestrado sob o tema *A Venda a Descendentes e o Princípio da Liberdade Contratual*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2009, p., 7.

¹⁴⁴ ABÍLIO NETO, Ob. Cit. p., 339.

¹⁴⁵ *Código Civil Anotado, Vol. I*, Ob. Cit., p., 355.

¹⁴⁶ Ob. Cit., p., 7.

¹⁴⁷ *Código Civil Anotado, Vol. I*, Ob. Cit., p., 355.

encontrar vários *desdobramentos* do princípio da liberdade contratual. Desde logo, os contraentes possuem a liberdade de contratarem ou não contratarem da forma que lhes for mais conveniente; depois, se decidirem contratar escolhem livremente a parte com a qual querem celebrar o negócio jurídico; ora ainda possuem a liberdade de, atendendo aos seus interesses, celebrar *contratos atípicos* podendo ainda incluir nos contratos *cláusulas divergentes da regulamentação supletiva contida no Código Civil*.

Tal entendimento é também partilhado por ARMANDO BRAGA⁽¹⁴⁸⁾ que no mesmo sentido nos diz que o princípio da liberdade *abarca* múltiplos aspectos da liberdade: liberdade no sentido de *criação, de conclusão e de celebração*, de recusa, de escolha, de fixação de estipulação, de modelação.

ABÍLIO NETO⁽¹⁴⁹⁾ no reforço do que acima ficou dito expõe que este art. 405º vem conferir às partes, quer a liberdade de celebração ou conclusão dos contratos, quer a liberdade de fixação do seu conteúdo, sendo que no que a este último aspecto diz respeito as partes têm ainda a faculdade de *selecção do tipo contratual e o da estipulação ou modelação concreta da espécie eleita*. Além disso, continua o Autor, a regra constante do seu número 1º é muito clara, *os particulares, na área dos contratos, podem agir por conta própria e autónoma vontade*. Constituem excepção os limites que a lei impuser.

Este princípio dá ainda azo às partes de celebrarem os chamados *contratos-mistos*, isto é, num *acordo unitário*, podendo as partes incluírem mais negócios diferentes, dando como exemplo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁽¹⁵⁰⁾ o *negócio misto de doação* onde o negócio é oneroso para uma das partes e onde a prestação de uma delas é *inferior à contraprestação da outra*, com a intenção de se efectuar uma *liberalidade a favor da primeira*.

Mas se olharmos atentamente para o art. 405º do CC vemos que ele começa logo por dizer no seu n.º 1 «*Dentro dos limites da lei*». Assim, o que significará isto?

Quando, a título de exemplo, ABÍLIO NETO⁽¹⁵¹⁾ se refere a autonomia da vontade no que à celebração dos contratos diz respeito, o Autor adverte ainda com o seguinte: que *tudo* deve ser realizado *dentro dos limites da lei, encarada na sua letra e no seu espírito*.

¹⁴⁸ Ob. Cit., p., 11.

¹⁴⁹ Ob. Cit., p., 338.

¹⁵⁰ *Código Civil Anotado, Vol. I*, Ob. Cit., p., 365.

¹⁵¹ Ob. Cit., p., 338.

Dentro dos limites da lei pode por nós ser entendido como uma limitação à autonomia privada tendo em vista, por exemplo, e o que nos ocorre de imediato, a protecção da parte mais fraca ou com menos experiência na celebração de contratos⁽¹⁵²⁾. No que a este aspecto concerne afirma ARMANDO BRAGA⁽¹⁵³⁾ que o princípio constante no art. 405º não é absoluto, a título de exemplo, e como mais adiante teremos oportunidade de conferir, este princípio no contrato de compra e venda sofre limitações imposta pela lei.

Aliás, o próprio artigo objecto desta tese – art. 877º do CC – contem uma das mais importantes, senão a mais importante, limitação imposta pela lei ao proibir a venda a filhos ou a netos sem consentimento dos restantes.

4. O princípio da liberdade contratual e o artigo 877º do Código Civil

Avançando para o nosso tema em específico começamos por dizer que o princípio da liberdade contratual tem aplicação no contrato de compra e venda, aceitando-se, como tal, que as partes - correndo o risco de ser repetitivas - são livres de celebrar o negócio jurídico, bem como são livres para estabelecer o conteúdo que bem entenderem⁽¹⁵⁴⁾.

Adverte, no entanto, e na sequência do que acima ficou exposto, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁽¹⁵⁵⁾ que os art. 876º e 877º apresentam *dois importantes desvios à liberdade* de celebração ou não celebração do contrato. Portanto, o que estes artigos fazem é nada mais nada menos que *enunciarem duas proibições de venda*. Neste sentido, aponta também ABÍLIO NETO⁽¹⁵⁶⁾ dizendo-nos que o art. 877º representa um importante limite à liberdade de celebração do contrato. Já LUÍS A. CARVALHO

¹⁵² Segundo os Autores PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Ob. Cit. p., 356, atendendo à necessidade de conferir protecção à parte mais fraca ou menos experiente foi dada através dos contratos de adesão, nomeadamente pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que continha *preceitos de natureza imperativa, as cláusulas contratuais gerais*. Porém, tal Decreto-Lei já foi alvo de sucessivas alterações e modificações por outros Decretos-Lei que entretanto lhe foram sucedendo. O que procede à sua alteração e revisão – o Decreto-Lei mais recente – é o Decreto – Lei n.º 323/2001, de 17/12. Decreto-Lei disponível online em:

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=60&tabela=leis&ficha=1&pagina=1

¹⁵³ Ob. Cit., p., 11. No dizer de ARMANDO BRAGA, o Decreto-Lei apresentado na NR anterior impõe restrições no que à *liberdade de estipulação ou de modelação do conteúdo contratual* diz respeito.

¹⁵⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. Cit. p., 22.

¹⁵⁵ Ob. Cit., p., 26.

¹⁵⁶ Ob. Cit., p., 338.

FERNANDES⁽¹⁵⁷⁾ refere que o art. 877º constitui uma importante limitação à liberdade resultante do art. 405º na sua modalidade de liberdade de escolha da pessoa com quem se quer celebrar o negócio. Ou seja, o art. 877º estabelece uma proibição legal de a parte celebrar um negócio jurídico com quem entender e nas circunstâncias que entender.

MARTA G. PINTO⁽¹⁵⁸⁾, na completação do que ficou dito, observa que o princípio da liberdade contratual não se harmoniza com o disposto no art. 877º CC, sendo que tal artigo vem *cercear a liberdade de celebração*, requerida por este princípio. Considera ainda a Autora que tais limitações ao princípio devem ser *ponderosas* para que o princípio da igualdade não fique em causa e, possa, ainda assim, realizar-se através dele o princípio da liberdade contratual *em cada pessoa*.

Em suma, de tudo o que ficou exposto neste capítulo podemos dizer que o contrato e, em especial, o contrato de compra e venda, deve ser entendido como a máxima manifestação da liberdade de contratar, baseada sempre na soberania da vontade individual dos contraentes. O seu conteúdo e os seus valores devem manifestar a vontade das partes e o ordenamento jurídico deve reagir a toda a imperfeição ou perturbação do processo de formação da vontade das mesmas, devendo ainda, afirmar segurança e estabilidade das relações entre as partes.

Todavia, não deve o legislador por em causa a figura da liberdade contratual, à qual compete às partes determinar por si e não por imposições do legislador, as regras da sua conduta. Por isso, tendo como objectivo não ferir a autonomia privada dos sujeitos, o legislador não poderá ter uma intervenção demasiado extensa sobre as relações contratuais.

Portanto, a lei não pode chamar a si, atendendo ao disposto art. 405º do CC, o predomínio do contrato, antes deve atribuir o mesmo aos seus sujeitos intervenientes.

¹⁵⁷ *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit. p., 397.

¹⁵⁸ Ob. Cit., p., 6.

CAPÍTULO III

A PROIBIÇÃO DA VENDA A FILHOS OU A NETOS

Sumário: 1. Interpretação do artigo 877º do Código Civil. 1.1 Razões da proibição. 1.2 Pressupostos de aplicação do artigo 877º do Código Civil. 1.3 Âmbito subjectivo do artigo 877º do Código Civil. 1.3.1 Venda de bisavós a bisnetos. 1.3.2 Venda por interposta pessoa. 1.3.3 Venda de ascendente a sociedade. 1.3.4 Venda a enteados. 1.3.5 Venda a genro ou nora. 1.4 Âmbito objectivo do artigo 877º do Código Civil. 1.4.1 Da dação em cumprimento. 1.4.2 A cessão onerosa de quota social. 1.4.3 A troca ou escambio. 1.5 Consentimento. 2. O escopo da proibição e a sua conexão com o direito sucessório. 2.1 A família – breve história. 2.1.1 O casamento na nossa actual sociedade. 2.2 Parentesco. 2.3 Partilha em vida. 2.4 O direito sucessório – breves considerações. 2.5 Sucessão legítima. 2.5.1 Noção. 2.5.2 Fundamentos da sucessão legítima. 2.5.3 Os sucessíveis legítimos. 2.5.4 Princípios gerais da sucessão legítima. 2.6 A sucessão legitimária. 2.6.1 Breves considerações. 2.6.2 Noção. 2.6.3 Natureza jurídica da legítima. 2.6.4 Autonomia da sucessão legitimária face a outras modalidades de sucessão. 2.6.5 Herdeiros legitimários. 2.6.6 O cônjuge como herdeiro legitimário. 2.6.7 Cálculo da legítima. 2.7 Colação. 2.7.1 Noção e Fundamento. 2.7.2 Pressupostos da colação. 2.7.3 Objecto da colação. 2.7.4 A obrigação de conferir. 2.7.5 Como se efectua a colação. 2.8 A imputação. 2.9 A qualificação como Herdeiro. 2.10 A tutela da legítima. 2.10.1 A cautela sociniana. 2.10.2 Legado em substituição e por conta da legítima. 2.11 A redução por inoficiosidade. 2.11.1 Ordem da redução. 2.11.2 Modo como opera a redução por inoficiosidade. 2.12 Considerações finais.

“O sujeito me pediu uma audiência, entrou no escritório bastante nervoso e foi logo direto ao assunto: «Doutor, com dezenas de imobiliárias, com centenas de casas e apartamentos para vender nesta cidade, meu irmão resolveu comprar exatamente uma mansão de nosso pai. Estou convicto de que não se trata de venda, coisa nenhuma, mas de uma doação. E não aceito esse favorecimento a meu irmão, que é o “queridinho” do velho, apesar de jamais ter querido estudar e trabalhar. O que posso fazer para que o negócio não seja realizado? Nem tanto por mim, mas por meus filhos, que, no final das contas, vão ficar prejudicados»”(159).

¹⁵⁹ ZENO VELOSO, “Venda de Ascendente a Descendente”, disponível em: www.soleis.adv.br

1. Interpretação do artigo 877º do Código Civil

1.1 Razões da proibição

Rege o art. 877º, n.º 1 do CC que os *pais e avós não podem vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda.*

Quando o negócio jurídico envolve ascendentes e descendentes, a história do nosso país demonstra-nos que o legislador sempre foi bastante cuidadoso no que a estes contratos respeita. Prova disso, é o exposto no Ac. do STJ de 27.11.2007⁽¹⁶⁰⁾ referindo que *remonta já às Ordenações Filipinas a proibição de os pais venderem a filhos sem autorização dos demais filhos*, constando, de igual modo, esta proibição no art. 1565º do Código Civil de 1867 e estando também presente no actual Código Civil Português, nomeadamente no seu art. 877º.

Na verdade, se lançarmos os olhos por legislações estrangeiras verificamos que poucos são os países que consagram este tipo de proibições. GALVÃO TELES⁽¹⁶¹⁾ refere que não encontramos semelhante *nem na legislação espanhola, nem na francesa, nem na italiana, nem na alemã*. Apenas encontramos consagração idêntica na legislação brasileira⁽¹⁶²⁾, devido ao facto de o seu Código Civil ser francamente influenciado pelo direito português, mais concretamente pelas Ordenações Filipinas que se mantiveram em vigor nesse país até 1916. Na ordem jurídica brasileira a norma proibitiva de venda de ascendentes a descendentes também tem *uma eficácia preventiva*⁽¹⁶³⁾.

O negócio jurídico em causa caracteriza-se, precisamente, por ser um negócio que envolve a compra e venda de ascendentes para descendente e, por isso, merecedor de extrema cautela. Assim, perante tal realidade o Código Civil impõe algumas restrições no que concerne à alienação ou aquisição de bens por determinadas pessoas,

¹⁶⁰ Acórdão do STJ de 27.11.2007, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5e79a28740e1ac54802573a000416c79?OpenDocument>

¹⁶¹ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, “*Venda a Descendentes e o Problema da Superação da Personalidade Jurídica das Sociedades*”, ROA, ANO 39, Vol. III, 1979, p., 526.

¹⁶² Aliás, muito fácil se torna perceber que o Brasil possui no seu Código Civil de 2002, nomeadamente no seu art. 496º uma norma de consagração legal semelhante à nossa. Ao efectuar a pesquisa via *Internet* quase toda a informação disponibilizada é referente à legislação brasileira; sobre este assunto, o Brasil possui extensa doutrina e jurisprudência.

¹⁶³ GALVÃO TELES, “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p., 526.

objectivando proteger as regras morais e sociais e, por conseguinte, proteger os interesses particulares de certos indivíduos que com o negócio possam ficar prejudicados.

Como no Capítulo II do presente trabalho deixa-mos claro, a lei civil confere aos homens a possibilidade de celebrar contratos de compra e venda simplificando até este tipo de negócios para que as pessoas possam livremente a ele recorrer. Porém, e como já tivemos oportunidade de verificar no capítulo supra citado, nem sempre assim acontece, pois, constitui o art. 877º, atendendo ao disposto no Ac. do STJ de 30.11.2010⁽¹⁶⁴⁾ uma *ressalva à regra geral da liberdade da venda, ou seja da liberdade contratual, contida no art. 405º, n.º 1.*

E esta ressalva à liberdade de venda justifica-se, com base no exposto no Ac. do STJ de 27.11.2007⁽¹⁶⁵⁾, em *evitar que, através de doações encobertas, se lesassem as legítimas dos descendentes, quando fossem partilhados os bens dos simuladores alienantes.* Portanto, no entender deste Ac. e do Ac. do TRP de 02.02.2010⁽¹⁶⁶⁾ não restam dúvidas que *a razão de ser da proibição foi, desde sempre, referida como visando obstar à prática de vendas simuladas – cuja prova se reveste de particulares dificuldades – em prejuízo das legítimas dos descendentes. É o propósito de assegurar a intangibilidade das legítimas dos descendentes que o legislador tem em mente com a proibição.*

As razões da proibição deste negócio jurídico resultam essencialmente assim na intenção do legislador em *preservar* os interesses dos outros descendentes não envolvidos no negócio jurídico da compra e venda; para tanto o legislador mune-se, através do art. 877º, da exigência de requisitos adicionais – que normalmente não são exigíveis noutros negócios jurídicos – impondo assim limites às partes, com o único objectivo de preservar a legítima dos restantes herdeiros.

Não podemos nunca esquecer que estamos perante uma matéria delicada que envolve não só questões inerentes ao direito que regula os contratos de compra e venda, mas, também, perante a delicada questão da aplicabilidade do direito da família e do direito sucessório. Pela junção de todas estas matérias que este tipo de negócio

¹⁶⁴ Acórdão do STJ de 30.11.2010, disponível em: <http://gde.mj.pt/jstj.nsf>.

¹⁶⁵ Acórdão supra Cit., na NR n.º 160 na p., 76 deste trabalho.

¹⁶⁶ Acórdão do TRP de 02.02.2010, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/5c2dd352eaa2ca57802576c8004f85ef?OpenDocument>

incorpora, obtemos, quase por si só, a justificação para a existência de tal artigo na lei civil.

Em suma, as razões da proibição constante no art. 877º prendem-se com o objectivo de evitar actos fraudulentos que possam por em causa a legítima dos restantes herdeiros.

Neste sentido, os pais e os avós estão proibidos de celebrar contratos de compra e venda com os seus filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não tiverem dado o seu consentimento para tal⁽¹⁶⁷⁾. O que se pretende com esta proibição estabelecida no n.º 1 é evitar simulações que prejudicam as legítimas dos descendentes que se traduzem, quase sempre, em vendas pelos pais e avós a filhos ou netos, tratando-se de doações inoficiosas dissimuladas pela venda.

Na verdade, muitas vezes, estes contratos de compra e venda de pais e avós a filhos ou netos nada mais são que vendas simuladas, pretendendo encobrir doações. Para NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁽¹⁶⁸⁾, o que as partes têm em mira, por vezes, com o contrato de compra e venda é *defraudar as regras do direito sucessório*.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁽¹⁶⁹⁾ no encontro do que ficou dito pelo Autor supra citado, afirmam que a proibição que este artigo estabelece visa *evitar uma simulação, difícil de provar, em prejuízo das legítimas dos descendentes*. Neste entender está também MENEZES LEITÃO⁽¹⁷⁰⁾ que justifica a proibição constante no artigo como uma forma de evitar que os pais ou avós, *sob a capa da compra e venda*, efectuem doações simuladas a favor de certo ou certos descendentes, *com o fim de evitar a sua imputação nas respectivas quotas legítimas*, prejudicando-se assim os restantes descendentes. Segundo o Autor, os descendentes prejudicados poderiam reagir lançando mão da acção de simulação que o art. 240º consagra, mas o certo é que os mesmos teriam imensas dificuldades em provar os pressupostos que o artigo exige.

Ora, tendo em atenção estas circunstâncias o legislador pretendeu a consagração no CC de um meio mais *expedito*, destinado exclusivamente à resolução destas questões, levando-o assim a consagrar o art. 877º que proíbe a venda de pais e avós a

¹⁶⁷ RAÚL VENTURA, “Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Proibições de Compra e Venda. Venda de bens futuros, venda de bens de existência ou de titularidade incerta. Venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medida”, ROA, 1983, N.º 43, P., 261 e ss, considera que, de acordo com o Acórdão da Relação do Porto de 27.03.68, devem também dar o consentimento os conjugues dos outros filhos e netos, atendendo às regras do regime de bens.

¹⁶⁸ Ob. Cit., p., 27.

¹⁶⁹ FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA E JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1986 (3ª Edição), p., 170.

¹⁷⁰ Ob. Cit., p., 43.

filhos ou a netos se os restantes descendentes não tiverem prestado o seu consentimento na venda.

Ainda a este propósito de encontrar-mos uma justificação absolutamente plausível para a consagração desta proibição de venda no CC, chama-mos aqui ARMANDO BRAGA⁽¹⁷¹⁾ que no reforço do que acima ficou dito, afirma que *a razão de ser desta proibição legal é evitar simulações em prejuízo das legítimas dos descendentes*. O que se objectiva com esta consagração legal é evitar *doações inoficiosas* dissimuladas pela venda de pais e avós a filhos e netos. Continua, dizendo, que o art. 877º visa a *intangibilidade das legítimas dos descendentes* proibindo a venda realizada por pais e avós a filhos ou a netos sem o consentimento dos restantes filhos ou netos por se *presumir que essas vendas são relativamente simuladas*, ou seja, essas vendas podem nada mais nada menos que pretender encobrir doações, sendo claro está, *a sua prova bastante difícil de produzir*.

Depois de apresentados os devidos argumentos necessários ao esclarecimento e justificação da presença de tal proibição de venda no nosso Código Civil, cumpre-nos referir e realçar, de um modo particular, porque assim o merece, que a *ratio a que à norma se imputa tem carácter preventivo*⁽¹⁷²⁾, isto é, a proibição constante no art. 877º tem uma *função instrumental*: note-se que, o art. 877º não está destinado a reprovar a venda entre pais a filhos e avós a netos. Não! O que o artigo pretende é, como já ficou dito acima, evitar que através do negócio da compra e venda se encubra um outro, *sujeito a um regime legal específico, regime esse a que, por esta via, as partes se escapam*⁽¹⁷³⁾.

Neste sentido, temos também GALVÃO TELES⁽¹⁷⁴⁾ que admite a norma do art. 877º como uma norma de carácter *preventivo*, inspirada no *receio ou perigo* de simulações aptas a esconder liberalidades de uma venda enganadora e fingida. Não obstante esta possibilidade, o certo é que não seria admissível proibir um acto só porque ele poderia ser simulado. Com isto, corria-se o risco de impedir a prática de um acto perfeitamente sério, que expresse correctamente a vontade real das partes e, certamente, de *grande utilidade* para as mesmas.

¹⁷¹ Ob. Cit., p., 48.

¹⁷² MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 9.

¹⁷³ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 9.

¹⁷⁴ “Venda a Descendentes...”, Ob. Cit., p., 513 e ss.

Assim, não restam dúvidas que, na alienação a descendentes, a lei quer em último recurso impedir que sob a aparência de uma venda se esconda a realidade de uma doação. Proíbe-se o ascendente de vender, não porque a venda em si seja contrária ao interesse público ou a qualquer outro interesse, mas porque se receia que em vez de vender ele esteja a doar.

Sendo assim, a lei exige uma fiscalização prévia dos outros filhos ou netos ou então do Tribunal, quando a venda é efectuada directamente a filho ou neto, tendo em vista garantir que a venda não é simulada. Faltando a autorização exigida ou o seu suprimento o acto será sujeito a anulação.

GALVÃO TELES⁽¹⁷⁵⁾ é peremptório ao afirmar que o art. 877º consagra um caso de *indisponibilidade relativa*, isto é, o titular do bem pode dispor, em princípio, do bem apenas não pode fazê-lo a favor de *certa ou certas pessoas*, pelo menos, não livremente.

O objectivo do artigo é, repetimos uma vez mais, afastar o perigo de simulações que redundam em prejuízo das legítimas dos outros filhos ou netos, sem estes terem a possibilidade de as fazer reduzir por inoficiosidade (art. 2168º e ss CC).

A acrescentar a isto, situa-se o Ac. do STJ de 04.07.1995⁽¹⁷⁶⁾ que nos diz que o *que justifica o art. 877º é a previsão de existência de simulação na venda de pais a filhos ou avós a netos, podendo tal venda ser perfeitamente regular e séria*. O Acórdão admite que a venda entre ascendentes e descendentes pode dar-se de acordo com os parâmetros definidos pela lei, só que considera que existe uma forte possibilidade de que assim não seja, de que a venda não seja regular e séria. Ora assim sendo, a lei exige que haja consentimento dos outros filhos ou do outro filho e dos outros netos ou do outro neto. Se tal consentimento não for dado, presume-se a existência de simulação. O Acórdão fala de uma presunção *juris et de jure*, ou seja, não admite prova em contrário.

Continua o referido Acórdão que este tratamento do art. 877º configura um *tratamento drástico* que só ocorre no contrato de compra e venda, não sendo possível uma interpretação extensiva do mesmo a outros negócios. Portanto, o STJ recusa a aplicação do art. 877º a contratos distintos do contrato de compra e venda. Esta recusa é fundada em dois aspectos: no carácter de excepionalidade do art. 877º, dizendo tal Acórdão que o art. 877º representa uma *norma excepional* em relação ao regime geral da liberdade de venda; além disso, com o art. 939º a lei nada mais faz que estender as

¹⁷⁵ “Venda a Descendentes...”, Ob. Cit., p., 541.

¹⁷⁶ Acórdão do STJ de 04.07.1995, BMJ, n.º 449º, disponível em: http://www.lis.ulsiada.pt/old/auditor/seguro/documentos/analogiabmj_449_325.pdf

normas da compra e venda a contratos com características muito semelhantes, que é o caso da troca ou da dação em pagamento.

Ainda a este propósito GALVÃO TELES⁽¹⁷⁷⁾ afirma que o Código Civil de 1966 tem *consciência do que há de violento em dificultar a celebração de um contrato só porque pode existir perigo de ele ser simulado*. O Autor vai na esteira do que no Capítulo II já deixamos claro, de que tal proibição constitui uma *grave restrição à liberdade contratual*.

1.2 Pressupostos de aplicação do artigo 877º do Código Civil

MARTA G. PINTO⁽¹⁷⁸⁾ e ARMANDO BRAGA⁽¹⁷⁹⁾ apresentam-nos três pressuposto de aplicação do art. 877º: o primeiro é, desde logo, e como não poderia deixar de ser para que a proibição constante do artigo se faça valer, a existência de grau de parentesco entre as partes aquando da venda; o segundo respeita à existência de mais de um filho ou neto, ou seja, mais que um descendente no momento da venda e; o terceiro pressuposto prende-se com a existência de prejuízo sobre a legítima dos restantes descendentes.

1.3 Âmbito subjectivo do artigo 877º do Código Civil

Segundo PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽¹⁸⁰⁾ no art. 877º apenas são abrangidas duas hipóteses: *a venda a filhos e a venda a netos*. Assim, completa MARTA G. PINTO⁽¹⁸¹⁾ que no que concerne ao *âmbito subjectivo* do art. 877º, o seu *teor literal é torneado, do lado do vendedor, pelos pais ou avós e, do lado do comprador, pelo filho ou neto*. De acordo com a Autora, a proibição contempla quer os filhos nascidos dentro ou fora do casamento.

¹⁷⁷ “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit. 521.

¹⁷⁸ Ob. Cit., p., 9.

¹⁷⁹ Ob. Cit., p., 48.

¹⁸⁰ Ob. Cit., p., 58.

¹⁸¹ Ob. Cit., p., 11.

1.3.1 Venda de bisavós a bisnetos

A maioria dos Autores por nós estudados entende que não cabe no âmbito subjectivo do art. 877º a venda de bisavós a bisnetos, já que consideram que esta venda *não envolve os mesmos perigos de simulação*. É o caso de PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽¹⁸²⁾ referindo que *não carece de qualquer autorização a venda a bisnetos ou a quaisquer outros parentes*; segue a mesma linha de pensamento ARMANDO BRAGA⁽¹⁸³⁾ considerando que o art. 877º não abrange as vendas entre bisavós e bisnetos, uma vez, que a *letra da lei parece assim indicá-lo*. Argumenta o Autor que os ns.º 1 e 2 do respectivo artigo se referem *expressamente* a filhos e netos e, estando em causa uma norma de carácter *excepcional*, não é a mesma passível de aplicação analógica atendendo ao disposto no art. 11º.

PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA⁽¹⁸⁴⁾ vão também neste sentido asseverando que não se limita a proibição entre bisavós e bisnetos porque, nestes casos, a simulação não é de recluir. Nesta esteira de pensamento encontramos ainda MENEZES LEITÃO⁽¹⁸⁵⁾ o qual afirma também que o art. 877º não abrange a *venda por bisavós a bisnetos*.

Contraposta a estas posições situa-se RAÚL VENTURA⁽¹⁸⁶⁾ que no seu dizer a opinião maioritária é *algo duvidosa* não acreditando o Autor que os bisavós sejam *menos tentados* do que os pais ou os avós *a dissimular, por vendas, doações a bisnetos*. Neste sentido, MARTA G. PINTO⁽¹⁸⁷⁾ acredita também que nestes casos (bisavós e bisnetos) o *perigo de simulação* parece *não ser menor* e a compra e venda efectuada entre as partes pode também trazer *prejuízos para a legítima dos herdeiros legítimos*. Admite, no entanto, que parece configurar-se difícil os bisnetos serem *presuntivos herdeiros dos bisavós*.

¹⁸² Ob. Cit., p., 58.

¹⁸³ Ob. Cit., p., 49.

¹⁸⁴ *Código Civil Anotado, Vol. II*, Ob. Cit., p., 170.

¹⁸⁵ Ob. Cit., p., 44.

¹⁸⁶ RAÚL VENTURA, “*Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Proibições de Compra e Venda...*” Ob. Cit. p., 267.

¹⁸⁷ Ob. Cit., p., 11.

1.3.2 Venda por interposta pessoa

Outra questão que não é pacífica entre a nossa doutrina é a que se refere à venda por interposta pessoa. Da leitura atenta do art. 876º vemos que o mesmo se refere de modo expresso à *venda por interposta pessoa*; já no que concerne ao art. 877º não existe qualquer referência à mesma.

Ora assim, e do que acabamos de expor, surge-nos de imediato uma questão: será que foi intencional esta omissão do legislador no que respeita à venda por interposta pessoa no art. 877º?

Encontramos resposta na obra do Prof. Doutor INOCÊNCIO GALVÃO TELES⁽¹⁸⁸⁾ referindo que ao efectuar um *contraste entre os dois artigos – 876º e 877º* - verificamos que esta omissão do legislador à interposta pessoa é *necessariamente intencional*. Não vinga a tese de que o legislador se tenha esquecido de no art. 877º fazer referência à venda por interposta pessoa, antes, acredita-se, que não o fez porque a mesma já havia sido feita no artigo *imediatamente anterior*. Além disso, no art. 876º, o legislador remete ainda para o art. 579º que nos dá uma boa noção da interposição de terceiro.

Entende, por estes motivos, GALVÃO TELES⁽¹⁸⁹⁾ que a proibição constante do art. 877º se estende também *ao caso do contrato por interposta pessoa*. Diz-nos o Autor, que se *a venda é feita a outrem que não um filho ou neto, não pode ser impugnada ao abrigo do art. 877º, mediante alegação de que se trata de entidade interposta entre o vendedor e um seu filho ou neto e de que falta o consentimento dos descendentes restantes*.

Existe ainda, continua o Autor em questão, uma diferença fundamental entre os dois artigos aqui em análise. Assim, aos arts. 876º e 579º cabe garantir a defesa da *ordem pública*; já, atendendo ao referido por MARTA G. PINTO⁽¹⁹⁰⁾ ao art. 877º cabe a defesa de interesses privados, logo, um artigo – 876º - estabelece como sanção a *nulidade*, ao contrário, o outro - art. 877º - define como sua sanção a *anulabilidade*; além do mais, ao art. 876º corresponde uma *proibição absoluta* cujo consentimento de

¹⁸⁸ “*Venda a Descendentes...*”, Ob. Cit., p., 523.

¹⁸⁹ “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p., 524.

¹⁹⁰ Ob. Cit., p., 12.

quem quer que seja não a afasta; por seu turno, ao art. 877º corresponde uma proibição relativa que pode ser afastada pelo consentimento.

Ainda, e diversamente do art. 877º, o art. 876º não assume *carácter preventivo* não se limitando, por isso, a *evitar possíveis simulações*.

GALVÃO TELES⁽¹⁹¹⁾ considera a interposição de terceiro como uma *forma de fraude à lei*. Em boa verdade, quando alguém fica impedido de vender ou ceder a quem deseja, é levado a vender ou a ceder a um terceiro que, por seu turno, vai transmitir à pessoa desejada a coisa ou direito respectivo. GALVÃO TELES⁽¹⁹²⁾ assume esta situação como um verdadeiro *conluio* que visa nada mais nada menos que, como dissemos, *defraudar a lei*.

Importante será realçar, uma vez mais, que a proibição constante no art. 876º nada tem a ver com o receio de venda simulada, antes, ela é justificada pela defesa do *interesse público*, não se permitindo, assim, que alguém *com funções ligadas à justiça* adquira coisa ou direito litigioso. Ora por este motivo, também não se poderá admitir que por interposta pessoa a venda seja consumada.

Já no caso do art. 877º o que o legislador pretende é, como ficou dito, evitar que através da venda se faça uma doação. Por isso, e como também já acima referimos, este artigo não proíbe o ascendente de vender, uma vez que a venda *em si* em nada contraria o *interesse público ou qualquer outro interesse*. O que a lei através deste artigo exige é como que uma *fiscalização prévia dos outros filhos ou netos* sempre que a venda é realizada *directamente* pelo pai ou pelo avô, para que com isto se tenha a certeza de que venda não foi simulada.

Se tivermos perante uma venda que não seja a filho ou a neto mas antes a uma interposta pessoa, GALVÃO TELES⁽¹⁹³⁾ entende que já não será possível lançar mão do art. 877º. Mas o Autor, de forma muito conscienciosa, admite que considerar a venda por interposta pessoa como proibida pelo art. 877º seria criar uma série de entraves à produção de prova. Aliás, o próprio Autor fala mesmo em produção de prova *muito complexa* que implicaria provar os requisitos de fraude à lei; ter-se-ia que alegar e provar o *conluio* entre as partes (ascendente, descendente e o tal terceiro) e demonstrar também que os mesmos queriam contornar o art. 877º.

¹⁹¹ “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p., 524.

¹⁹² “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p., 524.

¹⁹³ “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit. p., 525.

Face a tal complicada produção de prova, o Autor admite que estes casos devem ser tratados à luz do regime da simulação previsto no art. 240º.

RAÚL VENTURA⁽¹⁹⁴⁾, por seu turno, e numa posição oposta a GALVÃO TELES, elucida-nos com a tese de que a omissão apresentada pelo legislador pela não referência no art. 877º à venda por interposta pessoa *não é intencional*. Ela resulta, isso sim, da redacção que foi dada aos artigos de lei anterior, nomeadamente ao art. 1565º do Código de Seabra. Ou seja, neste artigo era evidente a omissão de venda a interposta pessoa, mas, no entanto, o Código de 1867 continha um outro artigo – o art. 1567º (referente à venda por interposta pessoa) - destinado a completar as proibições de venda constantes nos arts. 1562º a 1566º. Logo, por este motivo, entende o Autor, ficou a existir *lacunas não intencionais* no nosso art. 877º CC.

MARTA G. PINTO⁽¹⁹⁵⁾, por referência a Vaz Serra, diz-nos que o art. 877º se aplica *tanto no caso de interposição fictícia, como no de interposição real*. Partilhando do mesmo entendimento encontramos alguns Autores, entre eles, MENEZES LEITÃO⁽¹⁹⁶⁾ dizendo-nos que pese embora a letra da lei não o refira *expressamente*, podemos admitir que o art. 877º se aplica à venda feita a descendentes por interposta pessoa; neste sentido também PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽¹⁹⁷⁾ afirma que, *sob pena de fraude à lei*, quando um determinado filho ou neto adquira *indirectamente* um bem dos seus pais ou avós, isto é, quando a venda é realizada por interposta pessoa, tem aplicação a proibição constante do art. 877º e; ainda, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA⁽¹⁹⁸⁾ admitem que a proibição a que o art. 877º se refere se aplica quer a venda se faça *directamente* dos pais ao filho ou dos avós ao neto, quer a venda se faça por *interposta pessoa*, porque no entender dos Autores, *não existe nenhuma razão séria para distinguir uma e outra hipótese*.

Feitas estas considerações e expostas as diversas teorias sobre as mesmas, importa agora tecer alguns comentários sobre o que se entende por interposta pessoa. Se atentarmos ao disposto no art. 579º, n.º 2, verificamos que o mesmo nos diz que será *o cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita*

¹⁹⁴ “Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Proibições de Compra e Venda...” Ob. Cit., p., 269.

¹⁹⁵ Ob. Cit., p., 12.

¹⁹⁶ Ob. Cit., p., 44.

¹⁹⁷ Ob. Cit., p., 59.

¹⁹⁸ Código Civil Anotado, Vol. II, Ob. Cit., p., 171.

a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido.

MARTA G. PINTO⁽¹⁹⁹⁾, uma vez mais, por referência a Vaz Serra e, na mesma esteia, GALVÃO TELES⁽²⁰⁰⁾ afirmam que o n.º 2 do artigo em questão não *vale em sede* do art. 877º, sustentando, para o efeito, que o art. 877º é de natureza excepcional (isto é, é uma norma que cria uma inibição, *restringindo a liberdade de aquisição de coisas e de direitos* e é uma norma que contém uma presunção *iuris et de jure* ou seja, não admite prova em contrário); além disso – do carácter excepcional do art. 877º - o próprio art. 579º, n.º 2 contém, também ele, uma presunção *iures et de iure*, sendo que, por este motivo, tais normas não são passíveis de aplicação analógica, nos termos do art. 11º.

MARTA G. PINTO⁽²⁰¹⁾ considera que a *aplicação analógica do art. 579º, n.º 2, careceria mesmo de fundamento, pois não subjazem a estes dois casos as mesmas razões justificativas*. Continua a Autora dizendo que esta teoria é *acolhida no texto preparatório* da lei, atendendo ao disposto no art. 9º, a interpretação da lei faz-se de acordo com o pensamento legislativo em vigor, visando a harmonia do sistema jurídico, acolhendo-se sempre as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

GALVÃO TELES⁽²⁰²⁾ diz-nos que a venda ao *cônjuge do inibido ou àquele de que este é presumido herdeiro*, configura como um *indício* a ter em conta pelo juiz no *conjunto das circunstâncias, de que a venda é simulada, encobrindo uma liberalidade*. Todavia, é necessário estabelecer uma prova e uma articulação dos factos, resultando dos mesmos a conclusão de que se trata de uma simulação, que em vez do acto de venda estamos perante um acto de doação. Caso a venda *não seja feita ao inibido* os interessados podem lançar mão da *tutela geral ou comum, decorrente das disposições legais sobre simulação*.

RAÚL VENTURA⁽²⁰³⁾ discorda do que acima ficou dito. O Autor menciona que Vaz Serra e Galvão Teles *opinam pela negativa* fundamentando-se no *carácter excepcional da norma* e, portanto, *impeditiva* do recurso à analogia (art. 11º CC). Sublinha o Autor, tal como também fez Galvão Teles, que as presunções *iuris et de iure*

¹⁹⁹ Ob. Cit., p., 13.

²⁰⁰ “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p., 554.

²⁰¹ Ob. Cit., p., 13.

²⁰² “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p., 555.

²⁰³ “*Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Proibições de Compra e Venda...*” Ob. Cit., p., 271.

são apenas as relativas ao cônjuge do inibido e à pessoa de quem este seja herdeiro presumido. Deste modo, atendendo ao Autor em análise, considerar interposta pessoa o terceiro comprador, que acordou com o inibido transmitir para este a coisa ou do direito cedido, não é estabelecer uma presunção, é definir a interposição. Assim, conclui, o preceito tem carácter geral e não excepcional.

No entender de RAÚL VENTURA⁽²⁰⁴⁾ a questão que se coloca é a de saber qual a aplicabilidade do art. 579º, n.º 2 à venda de pais ou avós a filhos ou a netos; a questão reside precisamente em saber *se o cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido são, por simples força da lei, pessoas interpostas.*

O Autor em estudo parece admitir a existência de uma presunção *iuris et de iure* no art. 579º, n.º 2, porém, explica *que essa presunção abarca apenas o cônjuge do inibido e a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, portanto a primeira parte do preceito*⁽²⁰⁵⁾. Assim, esta primeira parte do n.º 2 do art. 579º assume carácter *excepcional* pois menciona como pessoas interpostas: o cônjuge e a pessoa de quem o inibido for herdeiro presumido, ora assim sendo, refere RAÚL VENTURA⁽²⁰⁶⁾ a analogia não pode ter lugar. No que concerne à segunda parte deste n.º 2, ela denomina como interposta pessoa terceiro *em acordo com o inibido* e, atendendo a MARTA G. PINTO⁽²⁰⁷⁾ *não é uma presunção, mas sim a definição do conceito, logo nesta parte o preceito tem carácter geral e não excepcional.* Reflectindo sobre o principal efeito do contrato de compra e venda – transmissão do direito de propriedade previsto no art. 879º, al. a)), a analogia afigura-se nesta segunda parte do n.º 2 – que respeita, precisamente, à transmissão de direitos -, como perfeitamente cabível.

1.3.3 Venda de ascendente a sociedade

Neste item vamos descortinar qual a solução aplicável sempre que está em causa a *venda por um ascendente a uma sociedade composta por ele e por um dos descendentes*⁽²⁰⁸⁾.

²⁰⁴ “Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Proibições de Compra e Venda...” Ob. Cit., p., 271.

²⁰⁵ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 13.

²⁰⁶ “Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Proibições de Compra e Venda...” Ob. Cit., p., 271.

²⁰⁷ Ob. Cit., p., 13.

²⁰⁸ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 14.

ARMANDO BRAGA⁽²⁰⁹⁾ afirma que o art. 877º *abrange* tanto as vendas de natureza civil como as vendas de natureza comercial; por isso, somos forçadas a concluir que as vendas realizadas pelo ascendente, parte da sociedade, ao seu descendente estão abrangidas pelo âmbito do art. 877º.

Na posição contrária encontra-mos GALVÃO TELES⁽²¹⁰⁾ segundo o qual a proibição a que o art. 877º alude não se aplica às vendas realizadas a sociedades, mesmo que esta seja formada unicamente por alguns dos descendentes do vendedor – filhos ou netos – ou pelo ascendente e algum ou alguns descendentes, sem qualquer interferência de interposta pessoa. O Autor, considera ainda que a proibição constante no art. 877º não tem aplicação também quando estão em causa sociedades que não têm personalidade jurídica.

Para MARTA G. PINTO⁽²¹¹⁾ esta posição de Galvão Teles assenta no facto de, independentemente de terem personalidade jurídica as sociedades possuírem um património autónomo, activo e passivo próprio, que se diferencia do património pessoal dos sócios e afecta a fins específicos que se traduzem nos fins perseguidos pela sociedade.

Exposto isto, temos que no entender de GALVÃO TELES⁽²¹²⁾, não obstante a sociedade possuir ou não possuir personalidade jurídica, os bens que lhe são vendidos passam a integrar o seu património e, com efeito, passam tais bens a satisfazer o fim social, mas *sem nunca* integrarem o património dos sócios. MARTA G. PINTO⁽²¹³⁾ afirma que *a venda é feita à sociedade, não aos sócios*.

Em boa verdade, pode admitir-se que determinada venda a uma sociedade seja simulada, isto é, que através dela se queira, na realidade, encobrir uma doação a certos filhos ou netos – sócios - no intuito de prejudicar outros filhos ou netos. Desta forma, os interessados podem reagir contra a simulação, mas não podem fazê-lo lançando mão do art. 877º; este artigo não é *um meio de reacção adequado contra a simulação num negócio com estas características*⁽²¹⁴⁾, desde logo, porque o art. 877º é assumido como uma norma de carácter preventivo que foi criada, apenas, para casos *normais* de vendas efectuadas a filhos ou a netos *singularmente considerados*.

²⁰⁹ Ob. Cit., p. 49.

²¹⁰ “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p. 527.

²¹¹ Ob. Cit., p. 14.

²¹² “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p. 528.

²¹³ Ob. Cit., p. 14.

²¹⁴ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p. 14.

Além disso, GALVÃO TELES⁽²¹⁵⁾ sustenta ainda que o âmbito de aplicação do art. 877º é muito *restritivo* não permitindo a sua redacção expansão para além dos negócios que visa, tendo ainda por objectivo fundamental acautelar simulações *mais frequentes e mais difíceis de provar*. Prossegue o Autor, dizendo-nos que encerram situações difíceis de provar as vendas realizadas a filhos ou a netos, não as vendas realizadas a sociedades de que sejam sócios os filhos ou netos do vendedor.

As vendas realizadas a filhos ou a netos espelham muitos casos do nosso dia-a-dia em que a situação de simulação de venda feita a um indivíduo se mostra de difícil prova; já no que concerne ao caso de vendas a sociedades a frequência de tal acontecer é diminuta devido ao facto de os requisitos serem *apertados*: exigência de uma sociedade cujos *únicos membros* sejam o vendedor e o seu ou seus descendentes, do primeiro ou do segundo grau, ou tão-só seus descendentes, também estes de primeiro ou segundo grau, necessário se tornando que o vendedor tenha ainda outros descendentes que configuram como herdeiros legitimários presumidos.

No que respeita à prova, GALVÃO TELES⁽²¹⁶⁾ afirma que uma simulação de venda a uma sociedade não é difícil de provar, não tanto quanto as simulações de venda de ascendentes a descendentes até porque a natureza que uma sociedade reveste não apresenta carácter *reservado*, assumindo outra dimensão que não se coaduna com as condutas de pessoas singulares, sendo muito mais fácil mostrar uma situação de simulação, por exemplo, através da *escrita da sociedade*.

Ora assim sendo, conclui o Autor supra citado, não estando na presença de casos com elevada regularidade nem de casos em que seja difícil descobrir a simulação, não faz sentido aplicar-lhe o art. 877º; portanto, norma *preventiva*, que visa tão-só impedir simulações mais frequentes e de difícil diagnóstico e investigação. Além do mais, se a doutrina já tece duras críticas a este preceito legal quando, na verdade, ele se aplica a situações perfeitamente legítimas, imaginemos como seria se admitíssemos que tal preceito se poderia aplicar também a situações de vendas realizadas a sociedades.

Para concluir a tese apresentada por GALVÃO TELES⁽²¹⁷⁾ diremos que os *fins colectivos* de uma sociedade são *superiores aos puros fins individuais*. Se a sociedade adquire bens, os mesmos passam a integrar o seu património, ficando adstritos aos fins

²¹⁵ “Venda a Descendentes...” Ob. Cit., p.529.

²¹⁶ “Venda a Descendentes...” Ob. Cit., p., 529.

²¹⁷ “Venda a Descendentes...” Ob. Cit., p., 530.

sociais passando a *colaborar na prossecução dos seus objectivos*. Aliás, tais bens podem até ser considerados como fundamentais à realização dos objectivos sociais da própria sociedade.

Seria, conclui, de todo *inadmissível sujeitar a compra de tais bens à autorização de pessoas estranhas à sociedade, com o mero pretexto de poder haver simulação*, sendo que estes interessados podem sempre valer-se dos meios adequados de reacção.

Numa outra óptica, admitindo que a personalidade jurídica das sociedades comporta limites, GALVÃO TELES⁽²¹⁸⁾ por referência a juristas italianos, explica que estes limites são aplicáveis a casos muito *particulares, totalmente excepcionais*, em que não se faz distinção entre os sócios e sociedade e, onde, atendendo a MARTA G. PINTO⁽²¹⁹⁾, *há uma derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respectivos sócios* e apresenta-nos, como exemplo, a circunstância de uma sociedade ser dominada na sua totalidade por um ou mais sócios, com quem se identifica, *os quais, por meio da personalidade jurídica da sociedade, prosseguem um resultado ilegítimo*.

Ainda na linha de pensamento da Autora supra referenciada, só é possível avaliar a aplicabilidade do art. 877º aos *casos absolutamente excepcionais de verdadeira desconsideração da personalidade jurídica* no que respeita à venda pelo ascendente à sociedade formada por um dos seus filhos; isto é, a aplicação do art. 877º *não pode nunca* ser encarada como regra no que a estes casos concerne, admitindo-se, apenas, como justificável a sua aplicação nos casos em que as sociedades são usadas *exclusivamente* com a finalidade de *contornar a proibição*, atendendo a que o art. 877º não proíbe apenas os negócios jurídicos de compra e venda *contra legem*, mas também os negócios jurídicos de compra e venda *in fraudem legem*, ou seja, os negócios jurídicos que *ofendem indirectamente a proibição* que o artigo consagra.

Podemos ilustrar a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade com o seguinte caso paradigmático. Imaginemos um pai (A) com dois filhos (B e C). A, através de uma sociedade comercial por si constituída, trespassa um estabelecimento comercial ao filho B, sem que para tal C, também seu filho, tivesse dado o seu consentimento. MARTA G. PINTO⁽²²⁰⁾ diz-nos que neste exemplo concreto os sócios

²¹⁸ “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p., 531.

²¹⁹ Ob. Cit., p.,15.

²²⁰ Ob. Cit., p.,15.

(A e B) usaram a personalidade jurídica da sociedade como que um *véu* destinado a *encobrir o seu comportamento movido por causa própria*. Assim, continua a Autora, o trespasse realizado a favor do filho (B) que, admitindo que domina a sociedade e se identifica praticamente com ela, usou a personalidade jurídica da sociedade como *in casu para iludir o art. 877º CC*.

Posto isto, adverte GALVÃO TELES⁽²²¹⁾ que ainda que não se verifique o condicionalismo absolutamente excepcional da desconsideração da personalidade jurídica, a simples circunstância de admitirmos a sociedade como uma *colectividade* dotada de *autonomia patrimonial* e destinada a prosseguir os seus próprios fins, leva a que nunca possa ser possível sustentar a aplicabilidade do art. 877º nos restantes casos.

E, na eventualidade de as partes alegarem a simulação do acto constitutivo da sociedade e, portanto, considerar-se que esse acto constitutivo padece de *nulidade* pela simulação ocorrida entre os sócios, e, mesmo depois de até ser declarada judicialmente a nulidade do respectivo contrato, *nenhuma ilação poderia extrair-se daí*, isto é, a venda à sociedade não seria afectada.

Para GALVÃO TELES⁽²²²⁾ se o contrato de constituição de uma sociedade foi declarado nulo ou anulável esta continua *intacta* no que ao seu passado respeita. No complemento do que ficou dito, citamos MARTA G. PINTO⁽²²³⁾ que assevera que a nulidade produz, como é sabido, *efeitos ex nunc* o que faz com que a sociedade possa conservar a sua *realidade no passado*, resultando da nulidade somente a sua liquidação, isto é, é liquidado o *património comum* da sociedade que nada tem a ver com o património dos sócios e, depois de pagas as dívidas da sociedade aos credores, os sócios ficam com o restante se o houver (art. 1126º CPC).

O que GALVÃO TELES pretende demonstrar com os argumentos acima aduzidos é que efectivamente e assim sendo, não existe *qualquer garantia de que o bem alienado pelo ascendente à sociedade acabe nas mãos do descendente, até porque não havendo remanescendo a ele nada lhe caberá*⁽²²⁴⁾.

Portanto, não é exacto que através da venda à sociedade se opere a transmissão do bem para filho ou filhos sem o consentimento dos restantes; também não é exacto que os bens vendidos para integrarem o património da sociedade sejam integrados no património do sócio ou sócios filho ou filhos do vendedor.

²²¹ “Venda a Descendentes...” Ob. Cit., p., 533 e ss.

²²² “Venda a Descendentes...” Ob. Cit., p., 533.

²²³ Ob. Cit., p., 16.

²²⁴ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 16.

Para concluir este item, faremos apenas mais uma observação. MARTA G. PINTO⁽²²⁵⁾ por referência ao Acórdão do TRL de 20 de Maio de 1997 afirma que é também excluída do âmbito de aplicação do art. 877º sempre que um ascendente transfere a uma sociedade um imóvel, ainda que a sociedade seja constituída por ele e por um dos seus filhos. Isto acontece devido ao carácter excepcional da norma, verdadeiramente *insusceptível de aplicação analógica*.

1.3.4 Venda a enteados

No que a este aspecto respeita, diz-nos PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽²²⁶⁾ que a previsão estabelecida no art. 877º apenas abrange duas situações: *a venda a filhos e a venda a netos*, portanto, segundo o Autor, *não carece de qualquer autorização a venda a quaisquer outros parentes*. E, justifica tal posição, atendendo ao carácter excepcional do art. 877º que deve ser entendido *nos estritos limites estabelecidos na norma*, não valendo a aplicação de tal artigo a quaisquer outras situações. Ou seja, o mesmo equivale a dizer que o art. 877º *não é aplicável à venda de padraço a enteado*. Aliás, esta posição é defendida por PINTO MONTEIRO⁽²²⁷⁾ que alega, para a não aplicabilidade do artigo 877º à venda a enteados, o carácter excepcional da norma entendendo que a letra do artigo não abrange este tipo de casos (art. 9º, n.º 2). E com efeito, por se tratar de uma norma excepcional, nos termos do disposto no art. 11º, a mesma não é passível de aplicação analógica.

Mesmo que admitíssemos que o art. 877º não configurava uma norma excepcional, ainda assim, não era o artigo passível de aplicação analógica; o facto de o legislador não fazer referência a este tipo de negócios (venda a enteados) na letra da lei não significa que estamos na presença de uma lacuna. O que o legislador faz é *não submeter o negócio a regulamentação legal – ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit – sujeitando-o a estipulação convencional*⁽²²⁸⁾.

O art. 11º refere que as normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva. Mas, segundo o Autor referido acima, nem aqui é

²²⁵ Ob. Cit., p.,16.

²²⁶ Ob. Cit., p., 58.

²²⁷ PINTO MONTEIRO, “Venda de Padraço a Enteado”, CJ, XIX, 1994, Tomo IV, p., 5 e ss.

²²⁸ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 17.

admissível esta interpretação extensiva, pois a *tutela específica* patente no art. 877º é destinada tão-só aos casos de compra e venda feita a filhos ou a netos, sendo que aos demais casos de compra e venda aplica-se a tutela conferida pelo art. 240º.

Além do mais, e como refere MARTA G. PINTO⁽²²⁹⁾ nem sequer existe uma *identidade de razão*, ou seja, não podemos equiparar relações de parentesco com relações de afinidade e entre um padrasto e um enteado a relação existente é de afinidade e não de parentesco (arts 1578º e 1584º), *não sendo sequer o afim herdeiro legítimo do padrasto* (art. 2132º). No reforço desta posição, encontramos ABÍLIO NETO⁽²³⁰⁾ que nos diz que a venda de padrasto a enteado não se encontra abrangida pelo art. 877º, n.º 1, porque este artigo *exige inequivocamente a existência de laços de parentesco, e não de mera afinidade, entre o vendedor e o comprador ou, pelo menos, extensivamente de outra ordem, mas com o seu cônjuge, sendo o casamento segundo o regime de comunhão geral de bens*.

Para finalizar, MARTA G. PINTO⁽²³¹⁾ por referência a Pinto Monteiro, considera ainda que da leitura *à contrario* do art. 877º surge-nos a não necessidade de consentimento dos demais descendentes, nas vendas que não tenham como vendedor os pais e os avós ou como comprador os filhos ou netos.

1.3.5 Venda a genro ou a nora

ABÍLIO NETO⁽²³²⁾ afirma que a proibição constante no art. 877º, n.º 1, *atento ao seu fim, é aplicável quando a venda é efectuada a genro do vendedor casado segundo o regime da comunhão geral, sem o consentimento dos restantes filhos*. Assim, continua o Autor em análise, a proibição contida no art. 877º assenta na presunção *juris et de jure* de que as vendas a filhos ou a netos sem o consentimento dos restantes são simuladas. Ora, se assim é, esta proibição *deve abranger tanto as vendas feitas por pais a filhos como a noras ou genros, e tanto as feitas a filhos de ambos os vendedores como a só de um deles, e quer oriundos do matrimónio, quer a ele estranhos*.

Portanto, conclui o Autor em questão, que no que a este item respeita, *as vendas às noras ou genros sempre implicará um prejuízo para os filhos não intervenientes*

²²⁹ Ob. Cit., 17.

²³⁰ Ob. Cit., p., 839.

²³¹ Ob. Cit., p., 17.

²³² Ob. Cit., p., 839.

nessas vendas, sendo indiferente, atenta à razão da lei, que também possa beneficiar um dos herdeiros.

Seguindo esta linha de pensamento encontramos PINTO MONTEIRO⁽²³³⁾ que nos diz que o art. 877º é aplicável quando a venda é efectuada à nora ou ao genro casados em regime de comunhão geral de bens com o filho ou a filha do vendedor. Neste sentido, MARTA G. PINTO⁽²³⁴⁾ refere também que se o casamento é sob o *regime da comunhão, a venda ao filho/a ou à nora/genro produz precisamente os mesmos efeitos, pelo que se justifica a tutela específica do art. 877º.*

Dentro da nossa jurisprudência, MARTA G. PINTO⁽²³⁵⁾ faz referência na sua obra ao Acórdão do STJ de 08.07.1997 dizendo-nos a Autora que tal Acórdão *foi ainda mais ousado* referindo que, independentemente do regime de bens que vigora entre a nora e o filho do vendedor, é aplicável o art. 877º pois o que com este artigo se visa é impedir a diminuição do património do vendedor e, por conseguinte, a diminuição da legítima dos herdeiros não intervenientes no negócio. Daí justifica-se a aplicação do art. 877º a estes casos, que não obstante o regime de bens, sempre acarretara um prejuízo aos demais herdeiros. Para a Autora, o referido Acórdão admite, ainda, que o regime da separação de bens é impeditivo da *comunhão automática, mas não que o cônjuge transmita o bem comprado ao filho.*

Em jeito de crítica ao exposto no referido Acórdão, MARTA G. PINTO⁽²³⁶⁾ sustenta que o Tribunal confundiu à aplicação do art. 877º aos casos de venda *directa à nora* com a aplicação do artigo aos casos de *venda por interposta pessoa*, sendo a nora a interposta pessoa. A Autora considera que quer num caso quer noutro *a resposta teria de ser sempre negativa*, porque, admite, *segundo o entendimento do Tribunal, chegaríamos ao limite de ter que considerar todas as vendas do ascendente como abrangidas pelo preceito, já que os efeitos da venda a nora casado com o descendente em regime de separação são precisamente os mesmos que a venda a qualquer terceiro.*

²³³ Ob. Cit., 12.

²³⁴ Ob. Cit., 18.

²³⁵ Ob. Cit., p., 18.

²³⁶ Ob. Cit., p., 18.

1.4 Âmbito objectivo do artigo 877º do Código Civil

1.4.1 Da dação em cumprimento

Refere ABÍLIO NETO⁽²³⁷⁾ que o *tratamento drástico* resultante do art. 877º só ocorre no contrato de compra e venda, não se permitindo a *interpretação extensiva* de tal artigo a *outros negócios*. Desta feita, observa também MARTA G. PINTO⁽²³⁸⁾, que da leitura da *epígrafe* do art. 877º e da sua *localização sistemática* no Código Civil, parece que o mesmo só se aplicará apenas aos contratos de compra e venda.

No entanto, devemos ter em consideração o disposto no art. 939º do CC. Assim, estabelece tal artigo que *as normas de compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas*. Portanto, a primeira parte do artigo determina, de entre os contratos onerosos, a aplicação das regras de compra e venda; a segunda parte prevê as duas situações às quais não se aplicam as regras do contrato de compra e venda, sendo elas: 1ª quando as normas do contrato de compra e venda não são conformes com a natureza do contrato em questão e; 2ª não estejam tais regras em contradição com as disposições legais respectivas.

Ora, se este art. 939º nos diz que as normas da compra e venda se aplicam a outros contratos onerosos, observa-se que devido à sistematização do art. 877º no Código Civil (configurando este artigo uma norma relativa à compra e venda), que o mesmo e sua proibição legal se aplicam também a todos os contratos de alienação, salvo se os mesmos se encaixarem em algumas das excepções previstas no art. 939º.

De contrário, admite MARTA G. PINTO⁽²³⁹⁾ não seria possível justificar a existência do n.º 3 do art. 877º, que nos diz que a proibição de venda a filhos ou a netos não abrange a dação em cumprimento feita pelo ascendente. Admitindo, ainda que, a previsão legal do n.º 3 no art. 877º não faria sentido se considerarmos que a norma do art. 877º se aplica unicamente à compra e venda.

²³⁷ Ob. Cit., p., 840.

²³⁸ Ob. Cit., p., 19.

²³⁹ Ob. Cit., p., 19.

No encontro desta posição vai também MENEZES LEITÃO⁽²⁴⁰⁾ referindo que *a lei é expressa* dizendo que tal proibição não abrange a dação em cumprimento realizada pelo ascendente. Diz-nos o Autor que no que a este n.º 3 respeita está aqui acolhida a teoria de Cunha Gonçalves afirmando que “a semelhança entre dação em pagamento e a venda é mais aparente que real” e “em questão de incapacidade não se pode argumentar com qualquer analogia”. Todavia, MENEZES LEITÃO⁽²⁴¹⁾ põe em causa esta argumentação alegada por Cunha Gonçalves e acolhida no n.º 3 do art. 877º pelo nosso legislador, considerando que *as diferenças teóricas* entre a dação em cumprimento e a venda não *ilidem o facto de a mesma possibilidade de simulação de doações se verificar nos dois casos*.

Por seu turno, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA⁽²⁴²⁾ justificam a previsão legal estabelecida no n.º 3 do art. 877º com o facto de se *supor* que entre pai filho e avô ou neto existe uma *dívida*, chegando para *afastar a possível simulação do acto*.

Também aqui MENEZES LEITÃO⁽²⁴³⁾, refuta a posição de PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, admitindo que será mais fácil *simular a existência de uma dívida antiga, do que o pagamento do preço de um contrato de compra e venda actual*.

GALVÃO TELES⁽²⁴⁴⁾ sustenta também a *insuficiência* da argumentação apresentada por PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA no que a este n.º 3 respeita. Para o Autor, pode ser *mentirosa* a dívida existente entre pai e filho e avô e neto, dando o seguinte exemplo: um pai, através da dação em cumprimento de dívida prevista no n.º 3 do art. 877º, quer doar a um filho. Para tanto, *inventam* os dois uma dívida que não existe e, sob simulação, encobrem a doação. Assim, sustenta o Autor, contrariando PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, a simulação é *perfeitamente possível* nestes casos a que o n.º 3 faz referência. Ademais, a consagração deste n.º 3 do art. 877º só vem fazer prova, mais uma vez, da *preocupação do legislador em reduzir ao mínimo o âmbito da norma proibitiva*.

²⁴⁰ Ob. Cit., p., 44.

²⁴¹ Ob. Cit., p., 45.

²⁴² *Código Civil Anotado, Vol. II*, Ob. Cit., Vol. II, p., 171.

²⁴³ Ob. Cit., p., 44 e 45.

²⁴⁴ “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p., 519 e ss. Nas palavras de GALVÃO TELES, a dação em cumprimento traduz-se na alienação do devedor ao credor de uma coisa, que é diferente da coisa que se encontra em débito entre os dois, obtendo desta forma a extinção do seu débito. A dação em cumprimento é um contrato de alienação a título oneroso.

No entanto, GALVÃO TELES⁽²⁴⁵⁾ admite que, de certo modo, seria *descabido* proibir-se a dação em cumprimento, até porque considera, por um lado, que não é de todo usual os pais e os avós auxiliarem-se da dação em cumprimento simulada no intuito de beneficiar os filhos ou netos e, por outro lado, a prova de simulação nestes casos não seria difícil. Admite, ainda o Autor que é, sem dúvida, através da compra e venda, meio no seu entender, mais *expedito e directo* de um ascendente simular uma doação a um descendente.

Em suma, e no que concerne à explicação deste n.º 3, refere MARTA G. PINTO⁽²⁴⁶⁾ que o art. 877º é *regra específica* da compra e venda, cabendo, deste modo, *na parte final do art. 939º, não sendo abrangido pela extensão*. Sustenta que o n.º 3 é *uma simples explicitação da limitação genérica prevista no art. 939º in fine*.

1.4.2 A cessão onerosa de quota social

PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA⁽²⁴⁷⁾ olham a proibição estabelecida no art. 877º como aplicável quer às vendas cíveis quer aplicável às vendas comerciais, nomeadamente à cessão onerosa de quotas. Assim, estabelece o art. 463º, n.º 5 do Ccom que é considerado compra e venda comercial as compras e vendas de partes ou de acções de sociedades comerciais.

Encontra-se regulado no art. 228º do CSC o contrato de cessão de quotas que, regra geral, reside na circunstância de o sócio, a título oneroso, transmitir a sua participação social. O contrato de cessão de quotas, normalmente, tem subentendido a si um contrato de compra e venda. A lei prevê certas limitações à livre transmissibilidade da quota. E a transmissão da quota só é efectuada livremente quando se trate do cônjuge do ascendente, dos descendentes ou entre os sócios.

Com efeito, ABÍLIO NETO⁽²⁴⁸⁾ afirma que a cessão onerosa de uma quota social de pai para filho pode ser anulada com base no art. 877º, *mesmo que do pacto social conste expressamente essa autorização e os seus únicos sócios sejam o cedente e o filho impugnante*. Afirma ainda o Autor, que a cessão onerosa de uma parte social e de duas quotas em sociedades comerciais feita *pelo pai a filhos maiores sem o suprimento do*

²⁴⁵ “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p., 520.

²⁴⁶ Ob. Cit., p., 20.

²⁴⁷ *Código Civil Anotado, Vol. II*, Ob. Cit., Vol. II., p., 171.

²⁴⁸ Ob. Cit., p., 838 e ss.

consentimento de um outro filho menor é anulável, por violação do princípio de intangibilidade da legítima. Refere ainda que a transmissão onerosa de uma quota a favor de nora do transmitente casado no regime da comunhão conjugal, viola o alcance lógico do art. 877º, se tal transmissão for efectuada sem a concordância de uma filha do mesmo transmitente.

No entanto, e estando perante uma anulabilidade, o lesado possui do prazo de um ano a contar do conhecimento para fazer exercer e valer os seus direitos. Conquanto, findo este prazo o seu direito caduca.

1.4.3 A troca ou escambio

No que à troca ou escambio respeita MENEZES LEITÃO⁽²⁴⁹⁾ afiança que, não obstante a remissão constante do art. 939º, não parece que a proibição de venda a filhos ou netos se deva estender à troca. Admite assim o Autor, que em relação à troca *não se colocam normalmente os problemas de simulação que estão na base da proibição* do art. 877º. GALVÃO TELES⁽²⁵⁰⁾ vai também neste sentido, afirmando que a proibição contida no art. 877º não se *alarga a outros contratos, como por exemplo a troca.*

ABÍLIO NETO⁽²⁵¹⁾ parece ter opinião diversa dos Autores acima indicados e sustenta que *são aplicáveis ao escambo ou troca as normas relativas à compra e venda.* Considerando, assim, que à troca ou escambio *é-lhe aplicável a disposição do art. 877º que proíbe a venda de bens por pais ou avós a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem nessa venda.*

O certo é que de facto, no dizer de MARTA G. PINTO⁽²⁵²⁾ o legislador não estatui no nosso actual Código Civil nenhuma norma *afastando a aplicabilidade da proibição ao escambo*, tal como fez com a dação em cumprimento. Além do mais, a troca apresenta carácter oneroso e, através dela, é possível alienar-se bens, logo encontra-se *preenchida a primeira parte do art. 939º.*

Mas, não obstante isto, parece-nos de ser de levar em consideração, também aqui, o carácter excepcional do art. 877º, destinado, exclusivamente, a realizar os objectivos

²⁴⁹ Ob. Cit., p., 44.

²⁵⁰ “Venda a Descendentes...” Ob. Cit., p., 521.

²⁵¹ Ob. Cit., p., 839.

²⁵² Ob. Cit., p., 21.

que lhe servem de base. Entendemos, tal como MENEZES LEITÃO⁽²⁵³⁾ que no caso da troca não se verificam os problemas inerentes à proibição que fundamenta o artigo. Ou seja, no caso da troca simulada não nos parece existir grandes dificuldades no que concerne à sua prova, pois a não verificação de correspectividade entre os bens permutados *só por si* poderá constituir um indício forte de que podemos estar perante uma simulação, sendo alegada nos termos do art. 240º.

1.5 Consentimento

Diz-nos o já *supra* referenciado Ac. do STJ de 27.11.2007⁽²⁵⁴⁾ que *a interpretação lógica ou racional do disposto no art. 877º do CC, associada ao elemento literal, permite concluir que o requisito da norma é “o consentimento”*. E, continua o referido Acórdão, que de acordo com o art. 270º e as regras de interpretação e da integração dos arts. 236º e ss do CC, *“o consentimento” referido no n.º 1 do art. 877º é um requisito não subordinável a qualquer condição. Ele existe como tal, ou não existe.*

MENEZES LEITÃO⁽²⁵⁵⁾ garante que na compra e venda efectuada a filhos é imprescindível o consentimento dos demais filhos, mas já não dos netos, excepto se os netos ou neto for descendente de um filho que haja já falecido, sendo aí chamado a dar o consentimento em substituição do falecido; quando a compra e venda se efectue a favor dos netos, exigimos o consentimento dos filhos que encabeçam a estripe juntamente com o consentimento dos netos que sejam irmãos do comprador. Encontramos também esta posição em ABÍLIO NETO⁽²⁵⁶⁾ referindo que sempre que a venda é realizada a favor de um neto e na existência de filhos que representem outras estripes, são as cabeças dessas estripes, ou seja, os filhos que devem prestar o seu consentimento, *e não os netos, filhos desses filhos. O que parece de exigir, conjuntamente, é o consentimento dos irmãos do comprador.*

PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽²⁵⁷⁾ declara que o consentimento no contrato de compra e venda a filhos não está sujeito a forma especial. Posição que vem reforçada no

²⁵³ Ob. Cit., p., 44.

²⁵⁴ Acórdão *supra* Cit., na NR n.º 160 na p., 76 deste trabalho.

²⁵⁵ Ob. Cit., p., 44.

²⁵⁶ Ob. Cit., 838.

²⁵⁷ Ob. Cit., p., 59.

Ac. do TRP de 27.09.2011⁽²⁵⁸⁾ estabelecendo que, atendendo ao disposto no art. 219º, o consentimento não carece de forma especial, *mesmo que essa forma venha a ser exigida para o contrato de compra e venda e pode, inclusive, ser prestado tacitamente nos termos gerais (art. 217º)*.

Na eventualidade de os outros filhos não poderem ou então não quiserem prestar o seu consentimento na venda, designadamente por serem incapazes, determina o n.º 1 do art. 877º, que o tribunal pode suprir a falta de consentimento. ARMANDO BRAGA⁽²⁵⁹⁾ e ABÍLIO NETO⁽²⁶⁰⁾ dizem-nos precisamente isto, afirmam os Autores que quando a pessoa ausente ou portadora de anomalia psíquica (*ou de qualquer outro facto ou causa impeditiva*) não possa prestar o seu consentimento na venda, ou simplesmente se recusa a fazê-lo, o consentimento é susceptível de suprimento judicial a requerer nos termos do disposto nos arts. 1425º e 1426º do C.P.C..

No que respeita ao ónus da prova do consentimento NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁽²⁶¹⁾ comprova que o art. 877º não contém, *nem explícita, nem implicitamente um critério de distribuição do ónus da prova da existência ou da inexistência de consentimento na alienação da coisa*. Assim, entende o Autor que perante este facto são aplicáveis aqui as regras gerais constantes do art. 342º.

Por conseguinte, ARMANDO BRAGA⁽²⁶²⁾ diz-nos que é ao réu que incumbe fazer prova de que o autor prestou o seu consentimento indispensável à validade da venda. Aliás, outra coisa não nos diz o art. 342º, pois o seu n.º 2 afirma que compete àquele contra quem a invocação é feita, a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado. No que concerne à qualificação do facto como constitutivo ou impeditivo NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁽²⁶³⁾ coloca uma questão interessante. De facto, diz o Autor, deve a ausência de consentimento qualificar-se como facto constitutivo do direito de anulação e, portanto, atribuir-se o ónus da arguição e da prova ao autor ou, antes, deve qualificar-se o consentimento como facto impeditivo do direito de anulação e, portanto, atribuir-se o ónus de arguição e da prova ao réu?

²⁵⁸ Acórdão do TRP de 27.09.2011, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/a5555cc9a99f672080257922004e94e1?OpenDocument>

²⁵⁹ Ob. Cit., p., 49.

²⁶⁰ Ob. Cit., p., 838.

²⁶¹ Ob. Cit., p., 28.

²⁶² Ob. Cit., p., 49.

²⁶³ Ob. Cit., p., 28.

O Autor, por referência a Pires de Lima e Antunes Varela, diz que a ausência de consentimento deve ser qualificada como *um facto constitutivo do direito de anulação, colocando o ónus da prova a cargo do(s) autor(es)*.

ARMANDO BRAGA⁽²⁶⁴⁾, por seu turno, considera que diante disto, de facto, pedir ao autor a prova de um facto negativo seria *extremamente difícil* daí que *apenas* o réu tenha a *possibilidade de demonstrar que o consentimento foi prestado*.

Para MARTA G. PINTO⁽²⁶⁵⁾ atendendo ao disposto no art. 342º é de admitir que recai sobre o autor a prova dos factos que *normalmente constituem esse direito*; já a prova dos factos *anormais que excluem o direito* é da responsabilidade da parte contrária, sendo a *normalidade aferida por conexão do facto com o direito invocado*. Sempre que o autor alegue *um vício do negócio para pedir a sua declaração judicial de anulação* “*esses factos passam a funcionar como constitutivos*” e não como *impeditivos como a priori seriam*.

Ainda a propósito deste problema do ónus da prova e, de muito valor, apresenta-se-nos o Ac. do STJ de 29.05.2012⁽²⁶⁶⁾ que sustenta factos e matéria de muito interesse à análise desta questão.

Começa, pois, por afirmar que *do ponto de vista do julgador a questão atinente ao ónus da prova situa-se fundamentalmente num momento ulterior*, isto é, no momento da *prolação da sentença, momento em que lhe cumpre “interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final”* (art. 659, n.º 2 do Código Civil). Portanto, o Tribunal ponderada a matéria de facto, irá considerar num primeiro momento, que é o do julgamento de facto, se estão provados os factos alegados entre os quais se contam os factos constitutivos do direito invocado. E só num segundo momento - o da prolação da sentença - é que, para o Tribunal, se vai pôr a questão de saber se um determinado facto é constitutivo ou, pelo contrário, impeditivo, modificativo ou extintivo do invocado direito.

Sustenta que *quando a lei no artigo 516.º do C.P.C. prescreve que “a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita” o comando legal dá-nos uma regra de julgamento e*

²⁶⁴ Ob. Cit., p., 49.

²⁶⁵ Ob. Cit., p., 25.

²⁶⁶ Acórdão do STJ de 29.05.2012, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/82fbc884bf6c4af580257a0f005a481c?OpenDocument>

não uma regra de apreciação da prova. O juiz, à luz dos meios de prova que foram submetidos à sua apreciação - prova testemunhal, pericial, depoimento de parte, etc. - decidirá se estão ou não provados os factos quesitados ou controvertidos. Se o juiz, quando aprecia a prova, ficar na dúvida sobre se um facto se verificou ou não se verificou, se não formar a sua convicção no sentido de que ocorreu determinada situação, não pode dar o facto como provado, seja esse facto constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito invocado. A regra atinente ao julgamento da matéria de facto não é a do artigo 516.º do C.P.C. mas a do artigo 655.º/1 do C.P.C. que, sob a epígrafe “liberdade de julgamento”, prescreve que “o tribunal colectivo aprecia livremente as provas, decidindo os juízes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto”.

Perante a possibilidade de o Tribunal se encontrar na dúvida sobre a natureza constitutiva de um facto, coloca-se a questão de saber como é que o Tribunal irá *formar a sua convicção contra quem o facto aproveita?*

Na procura de uma resposta deve atender-se às seguintes questões: *"É incerto o estado de facto? O processo não fornece ao tribunal provas suficientes para formar juízo seguro sobre os factos relevantes da causa?"*

Na medida destas questões considera o respectivo Acórdão que o juiz deve orientar-se por uma *regra de julgamento* que determina o *conteúdo da decisão a proferir*. A regra traduz-se da seguinte maneira: *na falta ou insuficiência de prova, o julgador rejeita a pretensão deduzida pela parte à qual incumbia fazer a prova ou sobre a qual deva entender-se que recaía, no caso concreto, o onus probandi*.

Poderemos dizer que o problema do ónus da prova reside no facto de determinar *como se reparte, entre os litigantes, o encargo de fornecer a prova?* Mas também reside no facto de saber *qual das partes há-de suportar as consequências da falta ou insuficiência de provas?*

Atendendo ao disposto no Acórdão em análise, a primeira pergunta *exprime o primeiro momento do problema; a segunda corresponde ao segundo momento. Isto é, o interesse da questão de saber sobre qual das partes pesa o ónus da prova está exactamente na consequência que daí deriva para o sentido da decisão a proferir, para*

o conteúdo positivo da regra de julgamento. Apurado que o ónus da prova incumbia ao autor, o juiz, no caso de falta ou insuficiência de provas, terá de desatender a pretensão do autor; apurado que o ónus da prova incumbia ao réu, o juiz, perante a incerteza dos factos, terá de rejeitar a pretensão do réu [...]. Mas não basta que o facto seja afirmado para que o juiz haja de assentar sobre ele a sua decisão; é indispensável que se ache provado no processo, que esteja demonstrada a sua existência. Por isso, ao ónus da afirmação acresce o ónus da prova. Se o facto se prova, se o juiz chega a convencer-se da existência dele, tal circunstância aproveitará à parte que o pôs como base da sua pretensão (acção ou excepção); se não se prova, o evento aproveitará à parte contrária. Há, pois, um risco inerente à falta ou insuficiência de prova: o risco de a parte ver desatendido o seu pedido.

O STJ, por referência a Antunes Varela, admite que “o significado essencial do ónus da prova não está tanto em saber a quem incumbe fazer a prova do facto como em determinar o sentido em que deve o tribunal decidir no caso de não se fazer essa prova”.

Além disso, o STJ sustenta ainda que “na acção em que se peça a anulação dessa venda [a venda contemplada no artigo 877.º do Código Civil], com base no preceituado no artigo 1565.º do Código Civil de 1867, não é ao autor que incumbe provar que não deu o consentimento, mas sim aos réus que compete fazer a prova de que o consentimento foi dado”.

É-nos dito no Acórdão, por referência a Vaz Serra, que “o autor, pedindo a anulação do contrato de compra e venda com o fundamento de não ter prestado o seu consentimento, pode parecer que invoca um direito que tem por base o facto da falta do seu consentimento para a venda, pelo que teria de provar esse facto - tal como, se, por ex., pedisse a declaração de nulidade de um contrato por simulação, teria de provar esta, ou, se pedisse a anulação de um contrato por erro, dolo ou coacção, lhe caberia provar esses factos”.

Antunes Varela, atendendo ao Acórdão em questão, contrapôs-se a tal entendimento na medida em que afirma que “tratando-se de uma acção de anulação, é evidente que cabe aos autores o ónus da alegação e prova dos factos constitutivos do seu direito de anulação”. Neste entender situa-se também Raúl Ventura segundo o qual

“a acção é de anulação da venda com fundamento num vício desta, a falta de consentimento; cabe aos autores o ónus da prova dos factos constitutivos do seu direito de anular a venda; o artigo 343.º não se aplica porque a acção não é de simples apreciação negativa”.

Por seu turno, Mário de Brito, referenciado de igual modo no Acórdão que expomos, salienta que *“um facto normalmente impeditivo ou extintivo pode valer como constitutivo, por ser a base da pretensão que o autor deduz em juízo. A sua prova caberá, então, não ao réu, mas ao autor. Assim, se a acção se destinar à anulação de determinado contrato por falta de consentimento (artigo 877.º) tem o autor de provar a falta de consentimento, que normalmente é um facto impeditivo; se acção se destinar à declaração judicial de que uma dívida foi paga, tem o autor de provar o pagamento, que ordinariamente é um facto extintivo”.*

Para o STJ *“nos termos do n.º1 do artigo 342.º do Código Civil cabe àquele que invoca um direito fazer a prova dos respectivos factos constitutivos, sendo, porém, de notar que os factos normalmente impeditivos à eficácia do direito, como a simulação e os vícios de vontade, valem como constitutivos se forem a base do próprio direito a efectivar”.*

Em suma, podemos dizer que *as regras do ónus da prova (artigo 342.º e seguintes do Código Civil) não têm a ver com o julgamento de facto pois neste, independentemente da sua natureza constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva, cumpre ao juiz apreciar e valorar os factos de harmonia com as provas produzidas à luz do princípio da liberdade de julgamento (artigo 655.º do Código de Processo Civil; tais regras têm a ver, sim, com questão de direito de saber em que sentido deve o tribunal decidir no caso de não se provarem determinados factos.*

Não obstante quaisquer outras considerações que possamos fazer em relação ao consentimento, o certo é que o mesmo se apresenta como indispensável para a regular e legal compra e venda de pai a filho ou avô a neto. O nosso Código Civil, à semelhança do Código Civil Brasileiro, exige o consentimento para que o negócio jurídico da compra e venda possa ser efectivamente válido.

O consentimento é exigido como requisito fundamental para que os demais descendentes – aqueles a quem a lei chama de herdeiros legítimos pois fazem parte do grupo familiar do vendedor – não fiquem prejudicados na sua legítima.

2. O escopo da proibição e a sua conexão com o direito sucessório

2.1 A família – breve história

No século XII o casamento era o pilar fundamental para a formação de uma família. Acreditava-se que Deus havia instituído o sacramento do casamento para que o pai e a mãe pudessem de forma harmoniosa criar a sua prole. O objectivo era que a família, fundada no casamento cristão, espelhasse a Sagrada Família.

Deste modo, a Igreja Católica toma para si todos os assuntos correspondentes ao Direito da Família, considerando que as relações familiares não são privadas mas pertencentes à ordem social, isto é, são determinadas pela vontade de Deus.

Assim, esquecendo-se a qualidade de indivíduos livres e iguais, o Direito da Família de inspiração católica estabelecia que a direcção da família pertence ao homem, sendo que a mulher e os filhos lhe deviam obediência. Por conseguinte, o homem era a verdadeira fonte de criação das normas internas de cada família⁽²⁶⁷⁾. Por isso, eram conferidos ao chefe da família amplos poderes no que concerne à orientação da vida familiar estabelecendo, a título de exemplo, o casamento dos filhos, dotando as raparigas e determinando antecipadamente a sua herança aos seus descendentes.

Uma das características fundamentais do Direito da Família nesta época era a perpetuidade que o casamento deveria assumir. Só com a morte de um dos cônjuges se poderia colocar um fim ao casamento, sendo que *no campo das sucessões abandonou-se a tradição romana de sucessão testamentária e o papel do testamento foi reduzido; a favor da transmissão «mortis causa» dos bens aos parentes próximos*⁽²⁶⁸⁾.

A partir do século XVIII a família, tal como era concebida, foi aos poucos perdendo os seus valores dando origem a um crescente individualismo. Parafraseando

²⁶⁷ DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A Família como Grupo: As duas agonias do Direito da Família”, ROA, 1994, n.º 54, Vol. III, p., 919.

²⁶⁸ DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A Família Como Grupo...” Ob. Cit., p., 920.

DIOGO LEITE DE CAMPOS⁽²⁶⁹⁾ *o individualismo contemporâneo encontrará o seu tronco nas seitas cristãs reformadas do Renascimento – antepassadas próximas do utilitarismo anglo-saxónico*. Nesta óptica, homem e Deus estavam em contacto directo, sendo a Igreja tão-só uma *intermediária*. Entendia-se que a alma de cada homem percorre sozinha o caminho até Deus não necessitando dos *outros* (entenda-se aqui, não necessitando dos outros membros do grupo familiar).

O individualismo vem, por isso, por em questão o papel de supremacia assumido pelo pai em cada família, bem como questionar se serão de facto os interesses do grupo familiar superiores aos interesses individuais de cada ser que compõe a família.

DIOGO LEITE DE CAMPOS⁽²⁷⁰⁾ não tem dúvidas que o advento do individualismo trouxe consigo a *agonia do Direito da Família*.

Não obstante, os indivíduos hoje possuem a consciência de serem indivíduos livres e responsáveis e, como tal, saberem que o casamento deve assentar fundamentalmente no amor, na fidelidade e na *tendencial indissolubilidade*, encarando cada descendente como fruto do seu amor, a verdade é que nem sempre isto acontece. E, hoje em dia, verificamos uma cada vez mais crescente *crise da família*.

O Autor supra citado, afirma que esta crise da família se traduz na *crise contemporânea da «morte» do indivíduo e do Direito*. *O primeiro, que se descobre «sem qualidades» para cônjuge e pai; o direito, que se descobre sem sentido enquanto ordem*⁽²⁷¹⁾.

Além disto, continua o Autor, nas nossas actuais famílias cada ser assume papéis diferenciados, sendo que uns *rejeitam a autoridade*, outros a *solidariedade*, a *convivência*, a *cedência*. Portanto, cria-se um cenário de *guerra* tendo sempre cada membro da família *o desejo fugaz da sua total liberdade*⁽²⁷²⁾.

2.1.1 O casamento na nossa actual sociedade

Já no ponto anterior – Família – Breve história – deixámos claro que o casamento católico afirmava o início da família, devendo esta ser um reflexo de todos os valores morais e cristãos. Assim a Igreja determinava as regras no que a esta matéria respeita.

²⁶⁹ “A Família Como Grupo...” Ob. Cit., p., 924.

²⁷⁰ “A Família como Grupo...” Ob. Cit., p., 925.

²⁷¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A Família como Grupo...” Ob. Cit., p., 927.

²⁷² DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A Família como Grupo...” Ob. Cit., p., 932.

Apresentamos também que como característica principal do casamento estava a sua indissociabilidade e como finalidade principal do mesmo estava a procriação.

Quer queiramos quer não, o certo é que, embora com contornos diversos do da época referenciada, o casamento chegou à nossa actual sociedade assumindo-se como o principal meio de transmissão de bens e, através da sua finalidade principal, tem-se conseguido assegurar a preservação das gerações; pelo parentesco, derivado do casamento, as pessoas estabelecem hábitos que assentam na forma e modo de transmissão de propriedades, de bens e de cultura.

No entender de CARLA PATRÍCIA PEREIRA OLIVEIRA⁽²⁷³⁾ o casamento nos dias de hoje acaba por ser *contraditório*; segundo a Autora já não é possível, na nossa moderna sociedade ver aquele quadro *pintado nas páginas da história* de uma mulher dedicada às tarefas domésticas, esposa extremosa e fada do lar, deixando o marido de ser o único sustento da casa. A progressiva entrada da mulher no mundo do trabalho e a mudança de mentalidade social e cultural faz com que a mulher adie o casamento e a maternidade por forma a assegurar um futuro profissional.

Deste modo, o casamento instaurado no séc. VII não se coaduna com a nossa realidade, em que à família tradicional fundada no casamento, se edificam, paralelamente, famílias construídas em uniões de facto, famílias monoparentais, famílias reconstituídas, etc.

Não obstante, é sabido que a família desempenha funções fulcrais, quer a nível pessoal quer a nível social que ajudam os seus membros a crescer de forma completa, *sob a égide das orientações jurídicas estabelecidas*⁽²⁷⁴⁾.

É importante notar que no nosso Código Civil a noção de família consta do art. 1576º, sendo que as fontes das relações jurídicas familiares são o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção. CARLA PATRÍCIA PEREIRA OLIVEIRA⁽²⁷⁵⁾ diz-nos que o nosso Código Civil tem um conceito *lato de família* integrando *não só o seu cônjuge, como ainda os seus parentes, afins, adoptantes e adoptados*.

Cada vez mais temos consciência que devido ao contínuo melhoramento das condições e qualidade de vida a durabilidade das pessoas é muito maior do que há uns anos atrás. Por este motivo, a herança já não assume entre nós a mesma função social.

²⁷³ CARLA PATRÍCIA PEREIRA OLIVEIRA, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p., 30 e ss.

²⁷⁴ CARLA PATRÍCIA PEREIRA OLIVEIRA, Ob. Cit., p., 31.

²⁷⁵ Ob. Cit., p., 29.

Para DIOGO LEITE DE CAMPOS⁽²⁷⁶⁾ temos agora *duas gerações de adultos, pais e filhos*, assumindo-se a herança como uma *espécie de subsídio complementar de aposentação dos filhos*.

2.2 Parentesco

O parentesco é, na definição apresentada por DIOGO LEITE DE CAMPOS⁽²⁷⁷⁾ *uma chave (...) cada vez mais reduzida à família conjugal, o instrumento de uma função sexual, económica, reprodutiva e educativa, para cujo exercício nenhuma sociedade conseguiu encontrar um substituto adequado*.

Só através das regras que regulam o parentesco é possível compreender a maneira de como se estabelecem, a título de exemplo, as relações que se prendem com a transmissão da propriedade. As famílias detêm, na maioria dos casos, propriedades e têm um modo próprio de, através do parentesco, organizar a transmissão dessas mesmas propriedades. E após a morte de algum dos sujeitos da família é possível, mais ainda, compreender o modo de como essas relações entre os membros da família e entre estes e o falecido estavam estabelecidas.

No entender de DIOGO LEITE DE CAMPOS⁽²⁷⁸⁾ o parentesco funciona como que uma *chave* destinada a facilitar a *compreensão do direito sucessório*, pois *constitui um código e um veículo dos grupos sociais, e das relações entre os mesmos perante a propriedade*. De acordo com o Autor, o Direito Sucessório apresenta como seu objectivo essencial a *protecção do património familiar*.

Na nossa sociedade o parentesco é assumido como uma forma de a mesma se organizar sendo a transmissão de bens assegurada pela herança que se funda na filiação.

²⁷⁶ DIOGO PAREDES LEITE DE CAMPOS, “Parentesco, Casamento e Sucessão”, ROA, 1985, n.º 45., Vol. I, p.,29 e ss.

²⁷⁷ DIOGO PAREDES LEITE DE CAMPOS, “Parentesco, Casamento e Sucessão”, Ob. Cit. p., 14 e ss.

²⁷⁸ DIOGO PAREDES LEITE DE CAMPOS, “Parentesco, Casamento e Sucessão”, Ob. Cit., p., 16.

2.3 Partilha em vida

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS⁽²⁷⁹⁾ diz-nos que perante a morte, o *modelo psicológico comumente sentido pelos proprietários aquando da decisão-limite quanto ao destino post-mortem do património que reuniram em vida*, expressa-se do seguinte modo: a pessoa procurará em vida regular os seus interesses. Normalmente, pode ter ou não conhecimento de que uma determinada quota do seu património hereditário terá um destino fixado pela lei, ou seja, destino esse que a lei concede aos herdeiros legitimários.

Não obstante isso, perante a morte a pessoa pode optar: ou *por uma regulação unilateral dos seus interesses*, assumindo a forma jurídica de testamento e sendo que só após a morte os seus efeitos se produzem ou; *por uma regulamentação contratual, mediante acordo com os presumidos herdeiros*. O que se objectiva neste caso é a *negociação e ponderação* do acto que tanto o *de cuius* como os seus descendentes irão transaccionar. Em geral, só através deste *acto de preferência o de cuius* consegue assegurar a prossecução de certos interesses e afectá-los a certas finalidades.

Todavia, e como refere o Autor supra mencionado, apesar de este último modelo de sucessão garantir, por um lado a *unidade mínima dos bens* e, por outro, a *efectividade da afectação acordada para o momento posterior à morte do de cuius*, ele centra-se em pontos diversos da história humana e pertence a contextos socioculturais muito diversificados. Em geral, pertence a contextos socioculturais de âmbito de produção agrária.

Entre nós a partilha em vida encontra-se prevista no art. 2029º não havendo aqui sucessão por morte. Deste modo, refere o presente artigo que *não é havido por sucessório o contrato pelo qual alguém faz doações entre vivos (...) de todos os seus bens ou parte deles a algum ou alguns dos presumidos herdeiros legitimários (...)*. A esta transmissão de bens a lei não reconhece como constituindo pacto sucessório mas sim como constituindo doação entre vivos. Assim é, porque se entende que os bens são doados em vida do doador, não sendo deixados nem fazendo parte da sua herança.

Repare-se que a partilha de que aqui se trata não se refere a qualquer herança, mas antes se reporta a bens existentes no momento. Ora se assim é, a partilha em vida tem

²⁷⁹ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, “A Partilha em Vida no Código Civil”, ROA, 1977, N.º 37, Vol. III, p., 588.

efeitos imediatos, dotando o seu beneficiário do direito de disposição dos bens ainda em vida do seu doador.

É importante reter que o ascendente tem de facto a faculdade conferida por lei de dispor dos seus bens em vida, mas não deve com isso atingir a legítima dos demais herdeiros legitimários.

Pode dizer-se que a partilha em vida traduz-se, basicamente, no prévio depósito do quinhão hereditário aos herdeiros legitimários, sendo sempre de respeitar a legítima que depois cada um deles terá direito.

No que respeita à quota disponível, ela poderá ficar a cargo de quem lhe aprouver; o que a lei tem por interesse é que a legítima dos herdeiros legitimários não seja afectada.

O n.º 1 do art. 2019º afirma que *os donatários pagam ou se obrigam a pagar a estes – entenda-se, aos outros herdeiros legitimários – o valor das partes que proporcionalmente lhes tocariam nos bens doados*, sendo que o seu n.º 3 determina que *as tornas em dinheiro, quando não sejam logo efectuados os pagamentos, estão sujeitas a actualização nos termos gerais* (art. 551º).

Uma das desvantagens que no entender de CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽²⁸⁰⁾ a partilha em vida apresenta é a de poder constituir um prejuízo para certos interesses de alguns dos herdeiros legitimários, mais concretamente *em caso de variação do valor dos bens doados e da possibilidade de os doadores poder vir a entrar em estado de carência*.

A verdade é que com o decorrer do tempo o bem que foi concedido a um dos herdeiros pode sofrer significativas valorizações no mercado e, deste modo, *a partilha torna-se injusta em relação aos outros herdeiros, que apenas receberam as respectivas tornas*. Além disso, quer o pagamento das tornas seja realizado de imediato quer seja realizado mais tarde pelo valor actualizado em momento anterior à morte do *de cuius*, considerara-se que os herdeiros que não beneficiaram de doação em vida correm o risco de verem os bens recebidos desvalorizados.

Importante é reter que este receio de depreciação dos bens não existirá numa doação dita “normal” feita em vida dos pais aos filhos. Pois estas doações encontram-se sujeitas a colação e, como tal, os bens serão avaliados e entrarão na partilha com o valor que lhe for dado no momento da abertura da sucessão (art. 2109, n.º 1).

²⁸⁰ CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2010, p.,33.

Na partilha em vida os bens não são conferidos, isto é, não são restituídos à massa da herança para igualação da partilha, diferentemente do que ocorre nas outras doações feitas em vida a favor dos presumidos herdeiros legitimários, nos termos do art. 2104º.

CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽²⁸¹⁾ assevera que os bens que sejam alvo de partilha pelo doador em vida *não devem ser conferidos para efeitos de partilha*, uma vez que *já foram partilhados pelo doador*. Para a Autora a colação visa *igualar a partilha*, logo esta igualação não será afectada pelos bens partilhados em vida do doador porque para que a mesma fosse possível exigiu-se *a intervenção e consentimento de todos os presumidos herdeiros legitimários*. Além disso, objectiva-se com a partilha em vida dispensar a colação que, nos termos do art. 2113º, pode ser dispensada pelo doador no acto da doação ou posteriormente.

Perante a possibilidade existente de não se reunir o consentimento dos demais herdeiros legitimários, a partilha em vida torna-se inviável, podendo tão-só o doador fazer doações em vida aos presumidos herdeiros legitimários que prestaram o seu consentimento, tendo que manter na sua propriedade bens que satisfaçam a quota aproximada do herdeiro que não prestou o seu consentimento de modo a que a mesma lhe seja entregue após a morte do doador.

Tais doações podem ser objecto de redução por inoficiosidade quando a legítima dos herdeiros legitimários – daqueles que não prestaram o seu consentimento, portanto, os *não aceitantes* – for afectada ou, *não havendo intenção do doador de beneficiar os herdeiros aceitantes, ser trazida à colação nos termos gerais dos arts. 2104º e ss.*

Não se pode confundir a partilha em vida com as doações previstas no arts. 940º e ss. A partilha em vida é considerada como *uma forma especial de doação entre vivos*⁽²⁸²⁾ tem como seus alvos especiais um ou mais que um dos presumidos herdeiros legitimários do doador e, como refere o n.º 1 do art. 2029º, é necessário o consentimento dos outros herdeiros legitimários para que tenha validade.

Torna-se ainda para a eficácia da validade da partilha em vida a verificação da circunstância descrita no n.º 3 do mesmo artigo, ou seja, que se efectue o pagamento ou que se *constitua a obrigação de pagamento* sempre sujeitas a actualização nos termos do art. 551º.

²⁸¹ Ob. Cit., p., 34.

²⁸² CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, Ob. Cit., p., 34.

2.4 O direito sucessório – breves considerações

Desengane-se aquele que pensa que o Direito Sucessório harmoniza as relações entre os familiares ou permite que os mesmos consigam estabelecer entre si, no futuro, relações saudáveis. De facto assim deveria acontecer, mas geralmente não se verifica isto. À morte de alguém surgem muitas das vezes zangas entre familiares derivadas da herança. Pelo menos, tal se verifica na maioria das situações do nosso dia-a-dia.

CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽²⁸³⁾ descreve o direito sucessório como sendo um *conjunto de normas jurídicas que regula o fenómeno de sucessão por morte*. No entender de JOÃO QUEIROGA CHAVES⁽²⁸⁴⁾ a sucessão por morte traduz-se na *transferência dos direitos e obrigações que integram o património do de cujus para a titularidade dos seus sucessores*. Aliás, é esta a noção constante do art. 2024º do CC, permitindo distinguir as transmissões efectuadas em vida – que resultam de *acto jurídico que é produto da vontade unilateral ou combinada dos respectivos sujeitos e para produzir efeitos em vida destes, ao passo que a causa determinante da sucessão por morte é o decesso de uma pessoa*⁽²⁸⁵⁾.

J. OLIVEIRA ASCENSÃO⁽²⁸⁶⁾ indica três modalidades de sucessão ou vocação: *voluntária, legítima e legitimária*. De facto, declara o art. 2026º que *a sucessão é deferida por lei, testamento ou contrato*.

No que toca à sucessão voluntária, aponta CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽²⁸⁷⁾ que a mesma pode ser *contratual (se tem na base um contrato, só admitida em certos casos) ou testamentária (se na sua base está um testamento)*.

Por força do art. 2027º a sucessão legal pode ser legítima ou legitimária, consoante possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor.

Como é do conhecimento comum, o sistema jurídico português atribui pleno reconhecimento à propriedade privada sendo que a sua função só fica assegurada se for

²⁸³ Ob. Cit., p.,9.

²⁸⁴ JOÃO QUEIROGA CHAVES, *Heranças e Partilhas, Doações e Testamentos*, Lisboa, Quid Juris – Sociedade Editora, 2009 (2ª Edição), p., 23.

²⁸⁵ JOÃO QUEIROGA CHAVES, Ob. Cit., p., 23.

²⁸⁶ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Herdeiro Legitimário”, ROA, 1997, N.º 57, Vol. I, p., 6 e ss.

²⁸⁷ Ob. Cit., p., 41.

acompanhada da sua transmissibilidade em vida e por morte⁽²⁸⁸⁾. Como já tivemos oportunidade de verificar, nos capítulos anteriores, se a lei não regulasse a transmissibilidade dos bens dos progenitores aos seus descendentes em vida destes, no sentido de verificar a sua correcta validade e conformidade com a lei, nomeadamente no que ao contrato de compra e venda concerne, teríamos uma gravíssima perturbação socioeconómica e familiar. O mesmo se passaria se não existisse transmissão *mortis causa* da propriedade; os bens ficariam dotados ao abandono, expostos à *ganância* de certos familiares que sem escrúpulos *levariam a melhor* sobre familiares *e amigos íntimos* da pessoa falecida. Além disso, os credores viam extinta a garantia de realização dos seus créditos através do património do falecido e, aqueles que por ventura tivessem adquirido algum bem ao falecido ficariam livres das *vinculações que sobre eles recaíam*⁽²⁸⁹⁾.

É evidente que em Portugal isto não acontece, e devido à enorme importância atribuída por nós à propriedade privada, enquanto pressuposto da dignidade humana, e à sua consequente transmissibilidade quer em vida quer em morte, a mesma é objecto de consagração constitucional, nomeadamente no art. 62º, n.º 1 da CRP.

2.5 Sucessão legítima

2.5.1 Noção

Estipula o art. 2131º do CC que a abertura da sucessão legítima ocorre quando o falecido não dispôs *válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte*, sendo que, neste caso, *são chamados à sucessão desses bens os seus herdeiros legítimos*. Completando o que ficou dito, frisa JOÃO QUEIROGA CHAVES⁽²⁹⁰⁾ que a sucessão legítima *abre-se na falta de sucessão testamentária, a chamada sucessão “ab intestato”* sendo uma das modalidades de *sucessão legal* por que decorre directamente da lei. Refere ainda o Autor, que mesmo na existência de testamento, se o mesmo não for considerado válido, por nulidade ou

²⁸⁸ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, Sociedade Editora, 2008 (3ª Edição), p., 23.

²⁸⁹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 25.

²⁹⁰ Ob. Cit. p., 95.

anulabilidade, ou se não for eficaz por ter sido revogado ou ter caducado, *a sucessão legítima será aberta*.

Para LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽²⁹¹⁾ a sucessão legítima rege-se por normas dispositivas, podendo, segundo CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽²⁹²⁾ serem afastadas pela vontade do autor da sucessão.

2.5.2 Fundamentos da sucessão legítima

No entender de JOÃO QUEIROGA CHAVES⁽²⁹³⁾ são três os fundamentos da sucessão legítima. O primeiro traduzir-se-á na *vontade presumida do autor da sucessão*. Parte-se do princípio que se o falecido não estipulou em testamento o destino a dar aos seus bens é porque era seu desejo que os mesmos ficassem nas mãos dos seus familiares que constituem seus herdeiros legítimos, sendo que a *lei nada mais faz que assegurar o cumprimento dessa vontade*. Portanto, respeita-se a vontade presumida do falecido; o segundo fundamento baseia-se na *necessidade de garantir o prosseguimento normal das relações jurídicas de que o de cuius era titular, quer como sujeito activo, quer como sujeito passivo*. O que se visa é equilibrar e manter estável a vida social do *de cuius*, através da transferência dos seus bens, direitos e deveres para a titularidade dos herdeiros, *sendo que os créditos podem ser exercidos e os débitos podem ser exigidos*; por último temos a *protecção e salvaguarda que entre si devem ter os membros de cada agregado familiar e que, no caso, passa por manter os bens no seio da família*.

2.5.3 Os sucessíveis legítimos

O art. 2133º determina a ordem pela qual são chamados os herdeiros que, sem prejuízo do disposto no título da adopção, é a seguinte: *a) cônjuge e descendentes; b) cônjuge e ascendentes; c) irmãos e seus descendentes; d) outros colaterais até ao quarto grau e, e) Estado*.

²⁹¹ Lições de Direito das Sucessões, Ob. Cit., p., 26.

²⁹² Ob. Cit., p., 42.

²⁹³ Ob. Cit., p., 96.

Atendendo ao n.º 2 do presente artigo o cônjuge sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, excepto se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe. Prescreve ainda o n.º 3 do referido art. 2133º que o cônjuge não pode ser chamado à herança se à data da morte do falecido se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do art. 1785º, n.º 3.

É de notar que o n.º 1 do art. 2133º refere que *sem prejuízo do disposto no título da adopção*, isto é, no que aos efeitos da sucessão respeita devemos ter em consideração se a adopção é plena ou restrita. Assim, na adopção plena temos que o adoptado *adquire o estatuto jurídico de filho do adoptante e integra-se com os seus descendentes na família deste*, nos termos do art. 1986º, n.º 1. Portanto, o adoptado integra a primeira classe de sucessíveis e é-lhe atribuído os mesmos direitos sucessórios que a lei atribui aos demais filhos. Na mesma linha de pensamento, constitui o adoptante a segunda classe de sucessíveis na sucessão do adoptado tendo os mesmos direitos atribuídos por lei aos pais⁽²⁹⁴⁾.

Se estivermos perante uma adopção restrita, chama-mos aqui a aplicação dos arts. 1996º e 1999º, sendo que nos termos do art. 1996º o adoptado, ou os seus descendentes, e os parentes do adoptante não são herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros. Estipula ainda o art. 1999º que o adoptado não é herdeiro legítimo do adoptante, nem este daquele. Nos termos do n.º 2 deste artigo, o adoptado e, por direito de representação, os seus descendentes são chamados à sucessão como herdeiros legítimos do adoptante, na falta de cônjuge, descendentes ou ascendentes. Refere ainda o n.º 3 deste art. 1999º que o adoptante é chamado à sucessão como herdeiro legítimo do adoptado ou de seus descendentes, na falta de cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos e sobrinhos do falecido.

Para CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽²⁹⁵⁾ a sucessão legítima *repousa objectivamente, em primeira linha, na ideia de que o património hereditário deve ser herdado pela família do falecido*. No entender de LUÍS A. CARVALHO

²⁹⁴ CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, Ob. Cit., p., 161.

²⁹⁵ Ob. Cit., p., 160.

FERNANDES⁽²⁹⁶⁾ a solidariedade familiar justifica que sejam os familiares do falecido, se este não dispuser em contrário, a ser chamados, *prioritariamente, à sucessão*.

Todavia, vimos que o art. 2133º dispõe no seu n.º 1, al. e) que o Estado também pode ser chamado à herança. Assim, refere o art. 2152º que *na falta de cônjuge e de todos os parentes sucessíveis, é chamado à herança o Estado*. Acrescentando, logo a seguir o art. 2153º que no que toca à herança o Estado tem os mesmos direitos e obrigações que tem qualquer outro herdeiro.

Nos termos do art. 2154º *a aquisição da herança pelo Estado, como sucessor legítimo, opera-se de direito, sem necessidade de aceitação, não podendo o Estado repudiá-la*.

A herança só é declarada vaga para o Estado se reconhecida judicialmente a inexistência de outros sucessíveis legítimos, atendendo ao disposto no art. 2155º.

Portanto, assim se conclui que o Estado só é chamado na falta de todos os familiares enumerados no art. 2133º, n.º 1 e 2152º, sendo que o Estado só intervém quando a tutela sucessória da família cessa. Na opinião de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽²⁹⁷⁾ o texto do art. 2153º é peremptório, pois coloca a intervenção do Estado na sucessão sob a égide do Direito Privado e não do Direito Público. Portanto, na opinião do Autor o Estado surge como *mais um sucessível legítimo, como pessoa privada*.

Parafraseando LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽²⁹⁸⁾ o Estado só é chamado à sucessão como *última ratio na atribuição dos bens do falecido*. Ora assim pode concluir-se que o Estado é chamado à herança só com o propósito de *assegurar a realização plena do fim que domina o fenómeno sucessório: dar destino aos bens das pessoas falecidas sem outros sucessíveis legais, evitando que eles fiquem ao abandono*.

2.5.4 Princípios gerais da sucessão legítima

Ainda a propósito da sucessão legítima, CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽²⁹⁹⁾ assevera que os arts. 2134º a 2136º estabelecem princípios gerais da sucessão legítima e *que, por força do dispositivo no art. 2157º, in fine, também são aplicáveis à sucessão*

²⁹⁶ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 27.

²⁹⁷ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 29.

²⁹⁸ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 30.

²⁹⁹ Ob. Cit., p., 161.

legitimária. De acordo com a Autora, o primeiro princípio encontra-se estabelecido no art. 2134°. É o chamado *princípio da preferência de classes*. Diz-nos tal dispositivo que os herdeiros de cada uma das classes de sucessíveis preferem aos das classes imediatas. Ora daqui resulta que só na eventualidade de não existir descendentes e adoptados plenamente é que os ascendentes têm chamamento na sucessão; de igual modo, só tem lugar o chamamento dos irmãos e descendentes do falecido se o mesmo não tiver cônjuge, descendentes ou adoptados plenamente, ascendentes e adoptados restritamente.

O art. 2135° estabelece o segundo princípio, ou seja, *o princípio da preferência de graus de parentesco dentro de cada classe*. Determina o artigo em causa que dentro de cada classe os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado. Isto significa que na presença de uma sucessão de descendentes, não tem lugar o chamamento dos netos na existência de filhos. CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³⁰⁰⁾ refere que *o direito de representação introduz uma excepção a esta regra*. Diz a Autora que um dos efeitos deste direito consiste em *chamar à sucessão parentes mais afastados que seriam excluídos por força deste princípio*.

O art. 2136° vem encerrar a panóplia destes princípios determinando que *os parentes de cada classe sucedem por cabeça ou em partes iguais, salva as excepções previstas neste código*. É o chamado *princípio da sucessão por cabeça*. As excepções a que a parte final deste artigo se refere *operam no domínio do direito de representação, onde a partilha é feita por estripes (arts. 2044° e 2138°)*. Verificamos outras excepções *no caso de concurso de cônjuge e descendentes (art. 2139°, n.º 1), de cônjuge e ascendentes (art. 2142°, n.º 1), e de irmãos germanos e unilaterais (art. 2146°)*.

2.6 A sucessão legitimária

2.6.1 Breves considerações

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³⁰¹⁾ assegura que a sucessão legítima não garante a continuidade do património do *de cuius* na família, pois o mesmo pode *frustrá-la* dando outro destino aos seus bens, dispor deles através do testamento ou, sendo permitido, em pacto sucessório. Deste modo, continua, o nosso legislador

³⁰⁰ Ob. Cit., p., 162.

³⁰¹ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 30 e ss.

entendeu assegurar a função da herança, mesmo contra a vontade do *de cuius*, através da sucessão legitimária a favor da família. Estando agora na presença de uma figura de família bem mais restrita, a chamada *família nuclear* reconduzida ao cônjuge, descendentes e ascendentes. Para o Autor é relativamente a estas pessoas que a finalidade do património é *mais nítida*.

Ora se assim é, a sucessão legitimária reserva a tais pessoas uma porção dos bens do falecido, a designada *quota legitimária ou quota indisponível*, sobre a qual o testador *exercer a sua liberdade de disposição mortis causa e, mesmo, quanto a negócios gratuitos, dentro de certos limites, a de disposição inter vivos*.

2.6.2 Noção

No dizer de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³⁰²⁾ a sucessão legitimária *respeita sempre a uma parte da herança e só se verifica quando existam, à morte do autor da sucessão, certas categorias de sucessíveis*.

Determina o art. 2156º que a legítima é a porção de bens que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁰³⁾ diz-nos que a sucessão legítima que acima falámos não se confunde com a sucessão legitimária, desde logo, porque a primeira tem por objecto o *património hereditário ou a parte do património hereditário de que o de cuius não dispôs*; já a segunda tem por objecto *a parte do património hereditário de que o de cuius não pode dispor, por a lei a reservar a certa ou certas pessoas que deseja proteger contra o poder de disposição do autor da sucessão*.

CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³⁰⁴⁾ e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁰⁵⁾ dizem-nos que a legítima pode ser empregue em sentido *objectivo, global ou quota indisponível* querendo significar a porção de bens que não estão à disposição do testador; empregamos a legítima em sentido *subjectivo ou quinhão hereditário* querendo significar a legítima de cada herdeiro, *de cada um dos interessados*.

³⁰² *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 395.

³⁰³ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p., 45.

³⁰⁴ Ob. Cit., p., 167.

³⁰⁵ *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Ob. Cit., p., 45.

Acrescenta LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³⁰⁶⁾ que a legítima contida no art. 2156º se reporta à *legítima objectiva ou quota indisponível*, sendo que o artigo lhe dá a noção legal de ser a *porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários*.

Portanto, assim se conclui que só existirá sucessão legitimária se existirem os herdeiros legitimários a que a parte final do art. 2156º se refere; torna-se, pois, necessário apurar a existência de *certas categorias de sucessíveis – os legitimários*.

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³⁰⁷⁾, mostra-se, no entanto, reticente no que ao artigo diz respeito, principalmente quando este faz a identificação da legítima como *uma porção de bens*. Assim, afirma, não é *rigoroso* que possamos dizer que a legítima corresponde a *uma porção de bens*, tal como o artigo a identifica; antes, diz, ela *é uma quota da herança, variável em função da qualidade e da quantidade dos sucessíveis legitimários*. Não obstante isto, se considerarmos que a *legítima é a porção de bens de que o testador não pode dispor*, tal como refere o artigo em causa, estamos a considerar que a disposição de bens só ficará vedada por testamento e quando verificada a morte do seu autor, quando a legítima é atingida. Mas a verdade é que, como bem sabemos pelo que já nos capítulos anteriores deste trabalho fomos deixando claro, *a legítima não pode também ser afectada por negócios inter vivos gratuitos do autor da sucessão*.

Ora, perante tais conclusões devemos considerar e admitir a legítima presente no art. 2156º como a *quota da herança legalmente destinada aos sucessíveis legitimários*⁽³⁰⁸⁾.

2.6.3 Natureza jurídica da legítima

Refere INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁰⁹⁾ que a natureza jurídica da legítima não é a mesma no ordenamento jurídico germânico nem no ordenamento jurídico latino. Para o primeiro ordenamento jurídico a legítima constitui um *direito de crédito*, isto é, *o direito dos legitimários de exigirem dos herdeiros em geral que lhes deixem usar e fruir, como própria, determinada quota hereditária, a legítima*; já no segundo

³⁰⁶ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 395.

³⁰⁷ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 395 e 396.

³⁰⁸ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 396.

³⁰⁹ *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Ob. Cit., p., 46.

ordenamento, que é o caso do nosso, a legítima constitui *uma quota hereditária pertencente aos herdeiros legitimários, que gozam e detêm como coisa sua*.

Para CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³¹⁰⁾ desta matéria – natureza jurídica da legítima - alvo de discussões diversas resulta fundamentalmente a confrontação de duas linhas gerais: a primeira, para quem a legítima se configura *como um direito a uma parte dos bens da herança (pars hereditatis)*; a segunda, para quem a legítima se apresenta como *um direito a uma parte do valor dos bens (pars bonorum)*. Neste sentido, a primeira vislumbra a legítima como *uma parte ou quota da herança* que se calcula atendendo ao critério exposto no art. 2162º. Assumindo aqui o legitimário a *posição de sucessor*, em especial a *posição de herdeiro*⁽³¹¹⁾; se entender-mos a legítima na óptica da segunda linha exposta, temos que o legitimário não assume a *posição de verdadeiro herdeiro* antes de *credor da herança*. Sendo que aqui o herdeiro legitimário apenas *tem direito a uma parte do valor abstracto dos bens da herança*.

Atendendo a LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³¹²⁾ e CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³¹³⁾ a teoria preferencial é a que admite e concebe a legítima *como parte da herança*. Tal é justificável para os Autores, pelo facto de o próprio art. 2156º admitir e conceber a legítima como a *porção de bens* e fazer a identificação do legitimário como o herdeiro. Além disso, pode ainda aduzir-se como razões para a defesa da teoria de *pars hereditatis* o princípio da intangibilidade da legítima, consagrado no art. 2163º e a redução das liberalidades inoficiosas que podendo ser em espécie *não justificaria que o direito à legítima fosse simplesmente um direito a um valor abstracto* (art. 2174º, n.º 1, I parte).

2.6.4 Autonomia da sucessão legitimária face a outras modalidades de sucessão

CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³¹⁴⁾ diz-nos que no nosso Código Civil actual a sucessão legitimária, contrariando o Código Civil de 1867 – que não tinha nenhum capítulo que regulasse a sucessão legitimária, antes, a inseria no âmbito da sucessão

³¹⁰ Ob. Cit., p., 167.

³¹¹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 401.

³¹² *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 402.

³¹³ Ob. Cit., p., 168.

³¹⁴ Ob. Cit., p., 169.

testamentária nada mais sendo do que *um limite à liberdade de testar* - aparece com autonomia relativamente às outras modalidades de sucessão; a sua regulação aparece autonomizada no título III do livro V do CC.

Como se isto não bastasse para atestar a autonomia da sucessão legítima, podemos efectuar uma comparação com a sucessão legítima, e logo verificamos que as regras da sucessão legítima são *imperativas*, isto é, tais regras não podem ser afastadas por vontade do autor da sucessão. Já o mesmo não se pode dizer no que concerne à sucessão legítima onde as normas assumem carácter dispositivo. Além disso, no que concerne às classes de sucessíveis entre ambas as sucessões, constatamos que elas são parcialmente diferentes. Basta comparar os herdeiros legítimos a que o art. 2157º faz alusão com as classes sucessíveis a que o n.º 1 do art. 2133º se refere. Para além do mais, cada herdeiro legítimo pode contar com regras específicas destinadas ao cálculo da legítima e a determinação da medida da sua legítima.

CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³¹⁵⁾ afirma ainda que esta autonomia é mais visível na existência de violação da legítima, *havendo necessidade de os herdeiros legítimos reduzirem as liberalidades inoficiosas (que afectam a sua legítima)*, atendendo ao disposto no art. 2168º.

2.6.5 Herdeiros legítimos

Dispõe o art. 2157º que são herdeiros legítimos os cônjuges, os descendentes (são considerados aqui, como vimos no item 2.5.3 – Os Sucessíveis Legítimos - os vínculos familiares emergentes da adopção plena) e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima. São estes herdeiros legítimos elencados pela lei a quem cabe uma porção dos bens – *a legítima objectiva ou global*.

Aqui torna-se importante determinar a medida dessa legítima, que altera em função da classe, do tipo e do número de herdeiros legítimos. Apurada a *legítima global* torna-se possível saber a legítima que vai tocar a cada um dos herdeiros legítimos, a chamada *legítima subjectiva ou quinhão hereditário*.

³¹⁵ Ob. Cit., p., 169.

Segundo o art. 2157º os sucessíveis ordenam-se de acordo com as regras estabelecidas para a sucessão legítima. Portanto, afirmamos com JOÃO QUEIROGA CHAVES⁽³¹⁶⁾ que se verificam aqui as regras de *preferência de classe, de grau e de divisão por cabeça*.

Mas uma ressalva há a fazer relativamente a esta remissão efectuada pelo art. 2157º *in fine*. Assim, afirma LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³¹⁷⁾ que os vários artigos do Código Civil *que na sucessão legítima constituem Direito dispositivo – mudam de natureza* quando se trata da sucessão legitimária, *passando a valer como normas injuntivas*.

Situação que encarna bem o que dissemos é a seguinte: sabemos que, de acordo com a regra de preferência de classe, só na falta de descendentes e de cônjuge sobrevivente, é que são chamados como sucessores legítimos os ascendentes. Todavia, não está o autor da sucessão impedido *de atribuir toda a quota disponível aos ascendentes, com afastamento dos descendentes e do cônjuge, deixando no mais de funcionar as regras gerais e particulares da sucessão legítima*⁽³¹⁸⁾.

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³¹⁹⁾ afirma que *esta disposição testamentária não é válida no domínio da sucessão legitimária*. Assim, continua o Autor, *as regras gerais e particulares da sucessão legítima para que o art.º 2157 remete, valem, na sucessão legitimária, como injuntivas*.

2.6.6 O cônjuge como herdeiro legitimário

Atendendo a INOCÊNCIO GALVÃO TELES⁽³²⁰⁾ e DIOGO LEITE DE CAMPOS⁽³²¹⁾ no Código Civil de 1867 o cônjuge não era considerado como *sucessível legitimário*. Configuravam tão-só como herdeiros legitimários apenas os descendentes e os ascendentes. Até na sucessão legítima (*deferida na falta ou omissão de testamento*) o cônjuge ocupada o 4º lugar na classe dos sucessíveis, então abaixo dos *descendentes*,

³¹⁶ Ob. Cit., p., 119.

³¹⁷ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 405.

³¹⁸ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 405.

³¹⁹ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 405.

³²⁰ *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Ob. Cit., p., 47.

³²¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, “O Estatuto Sucessório do Cônjuge Sobrevivo”, ROA, 1990, n.º 50, Vol. II, p., 449 e ss.

dos ascendentes e, inclusive, dos irmãos e seus descendentes (sobrinhos), apenas preferindo aos restantes colaterais (tios e primos).

A figura do cônjuge como herdeiro legitimário surge apenas com o Anteprojecto do Livro sobre Direito das Sucessões do Código Civil de 1966. Todavia, não é ainda a *redacção inicial* do Código Civil de 1966 que vai atribuir ao cônjuge o estatuto de herdeiro legitimário. Para DIOGO LEITE DE CAMPOS⁽³²²⁾ *continuava a faltar no Direito da Família uma protecção do cônjuge sobrevivente* sendo que o Direito Sucessório o colocava numa *situação secundária*.

Apenas em 1977 o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro⁽³²³⁾ permite ao cônjuge o tratamento de herdeiro legitimário.

Portanto, a consagração do cônjuge como herdeiro legitimário surge-nos da redacção de 1977 no art. 2158º sendo que pode ler-se nesse artigo que na falta de descendentes e ascendentes – portanto o cônjuge é *sozinho* como sucessível legitimário - a legítima do cônjuge é de *metade da herança*, sendo que a outra metade é a quota disponível.

Para, DIOGO LEITE DE CAMPOS⁽³²⁴⁾ a reforma do Código Civil de 1977 levou o cônjuge a ocupar um *lugar privilegiado*, mesmo que no que concerne aos descendentes, *já que a sua parte nunca pode ser inferior a um quarto da herança*.

Consideremos agora a possibilidade da existência de cônjuge e de filhos do falecido, que podem ser filhos do casal ou então só filhos da pessoa falecida. Ora, neste caso a legítima é *repartida igualitariamente entre cônjuge e filhos*⁽³²⁵⁾, sendo que o art. 2159º determina que em caso de concurso a legítima do cônjuge e dos filhos é de dois terços da herança, sendo a quota disponível de um terço.

Se o falecido não tem cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é *de metade ou dois terços da herança*, consoante o falecido tenha um só filho ou dois ou mais filhos (art. 2159º n.º 2º).

O art. 2160º diz-nos que os descendentes do segundo grau -entenda-se os netos – e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, nos termos estabelecidos para a sucessão legítima, isto é, se um filho não quiser ou não puder aceitar a herança *há*

³²² “O Estatuto Sucessório do Cônjuge Sobrevivente”, Ob. Cit., p., 453.

³²³ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Ob. Cit., p., 48.

³²⁴ “O Estatuto Sucessório do Cônjuge Sobrevivente”, Ob. Cit., p., 459.

³²⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Ob. Cit., p., 50.

direito de representação operada por estripes cabendo aos descendentes a legítima que estava destinada aos seus ascendentes⁽³²⁶⁾.

Estipula o art. 2161º, n.º 1 que se o *de cuius* não tem descendentes mas apenas cônjuge e ascendentes, a legítima *é de dois terços da herança*.

Na hipótese de o falecido não ter cônjuge nem descendentes, mas só os ascendentes, INOCÊNCIO GALVÃO TELES⁽³²⁷⁾ diz-nos que há que distinguir consoante o falecido tenha vivos os seus pais ou apenas um só deles ou então tenha vivos os ascendentes mais afastados como os seus avós, bisavós e até trisavós. Assim, os pais *em conjunto* ou apenas o pai ou apenas a mãe, *têm direito, como sucessíveis legitimários, a metade da herança; os outros ascendentes a um terço da herança*, nos termos do art. 2161º, n.º 2.

Em suma e, relativamente ao estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente, poder-se-á dizer com DIOGO LEITE DE CAMPOS⁽³²⁸⁾ que *só os casamentos felizes e duráveis valerão uma herança*. Como se sabe, o cônjuge que se separa ou divorcia *não herda*.

Entende o mesmo Autor, que este estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente torna-se uma vantagem para o Estado e um *prejuízo* para o cônjuge sobrevivente e para os seus filhos, pois a *dupla transmissão sucessória – de um cônjuge para outro, e deste para os seus filhos – implica um duplo encargo fiscal*.

2.6.7 Cálculo da legítima

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³²⁹⁾ não tem dúvidas que a determinação do valor da legítima, no sentido da quota indisponível, isto é, da legítima objectiva, *é uma das operações fundamentais da sucessão legitimária, pois dela decorre a extensão e a natureza do direito dos herdeiros legitimários*.

Determina o art. 2162º que para o cálculo da legítima se deve atender aos seguintes elementos fundamentais: a) *ao valor dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte*; b) *ao valor dos bens doados pelo falecido*; c) *ao valor das despesas por ele realizadas, sujeitas a colação* e; d) *às dívidas da herança*.

³²⁶ CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, Ob. Cit., p., 170, e INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Ob. Cit., p., 51.

³²⁷ *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Ob. Cit., p., 51.

³²⁸ “O Estatuto Sucessório do Cônjuge Sobrevivente”, Ob. Cit., p., 456 e ss.

³²⁹ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 407.

Segundo CRISTINA M. ARÚJO DIAS⁽³³⁰⁾ deve, pois, *ter-se em consideração o património existente no momento da morte (relictum), mas também os bens de que o de cuius dispôs em vida (as doações e despesas – donatum).*

Para o cálculo da legítima deve assim atender-se, em primeiro lugar, ao património activo do autor da sucessão no momento da sua morte.

No que toca às doações, são incluídas aqui todas as doações que o autor da sucessão fez em sua vida, quer as doações tenham sido efectuadas a favor dos seus sucessíveis ou de terceiros. Não relevando se estão ou não sujeitas a colação.

Atendemos ao disposto no art. 2110º no que concerne às despesas sujeitas a colação; o seu n.º 2 enumera certas despesas que não são sujeitas a colação, não sendo, pois, incluídas no cálculo da legítima; é o *caso das despesas com o casamento, alimentos, estabelecimento e colocação dos descendentes, na medida em que se harmonizem com os usos e com a condição social e económica do falecido.*

Relativamente às dívidas da herança, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³³¹⁾ reconhece que o art. 2162º não faz qualquer indicação sobre o passivo a considerar, entendendo, por isso, o Autor que se devem incluir nas dívidas todos *os encargos enumerados no art. 2068º, com a excepção dos legados. Assim deve ser, na verdade, não só por o objecto do legado constituir elemento do relictum, mais ainda por o legado envolver um acto de disposição gratuita que pode afectar a legítima. Abater os legados no valor da herança era uma forma indirecta de afectar os legitimários.*

CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³³²⁾ refere que a questão mais complexa reside em saber qual *a ordem das operações*, uma vez que o art. 2162º, n.º 1 determina os elementos para o cálculo da herança, mas não determina a sua ordem. Neste sentido, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³³³⁾ diz-nos que existem duas *concepções contrapostas*. Para uma, provinda da Escola de Coimbra, o *donatum não responde pelo passivo, sendo a sua inclusão na herança dirigida à tutela do legitimário e não à tutela dos credores, que não podem ter, após a morte do devedor, melhor posição do que a que tinham em vida dele – e esta confina-se ao seu património.*

Para esta teoria o cálculo deve efectuar-se seguindo a seguinte ordem das operações: deve abater-se o passivo ao *relictum* e, depois, somar-se o *donatum*. Do resultado obtido por este meio calcular-se-á a quota indisponível.

³³⁰ Ob. Cit., p., 172.

³³¹ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 411.

³³² Ob. Cit., p., 173.

³³³ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 411.

Para a outra teoria, provinda da Escola de Lisboa, *o alargamento do quinhão legitimário, por via do art. 2162º, vem a traduzir aquilo que o herdeiro efectivamente recebe nessa qualidade, ou seja, aquilo por que ele responde pelo passivo hereditário, segundo o art. 2071º, em conexão com o art. 2068º. Por isso, também o donatum havia de ser afectado pelo passivo.*

Assim, segundo este parecer as operações de cálculo ordenam-se da seguinte forma: soma-se em primeiro lugar o *donatum ao relictum* e, de seguida, abate-se o passivo.

Para o Autor acima referido, em termos práticos estas duas teses *só conduzem a resultados diferentes, se a herança for deficitária, isto é, se o passivo for superior ao relictum.*

Os dois preceitos atinentes a toda esta polémica envolta das duas teorias são os correspondentes ao art. 2069º e 2162º que, segundo LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³³⁴⁾, nos fornecem duas noções de herança que *manifestamente são não coincidentes quanto ao seu conteúdo que lhe atribuem.*

Pela sua inserção no Código Civil, facilmente se apercebe que o art. 2069º tem por objectivo *determinar* quais os bens da herança que respondem pelo seu passivo e, segundo o Autor supra referenciado, *hoc sensu*, diz ainda respeito às relações entre os herdeiros em geral e os credores do falecido.

Já o art. 2162º tal como consta claramente da sua epígrafe, visa o cálculo da legítima. Para o Autor aludido, este artigo situa-se *no plano das relações entre os herdeiros legitimários e os beneficiários de disposições gratuitas que afectem a legítima objectiva e, como tal, sejam redutíveis por inoficiosidade.*

Posto isto, o Autor assume que se considera *inadequado projectar na interpretação do art. 2162º a questão da responsabilidade da herança pelo seu passivo, com risco, de resto, de se cair em contradição com o disposto nos arts. 2068º e ss.*

Mas, logo em seguida, coloca o Autor a seguinte questão: *que interesses merecem melhor protecção?*

Nesta óptica, e respondendo à pergunta formulada, de acordo com o regime da sucessão legitimária, no seu todo, parecem não restar dúvidas que a *ratio legis* que preside ao art. 2162º parece ser a adequada para a protecção dos herdeiros legitimários. E, portanto, neste sentido, parece que deve ser adoptada a primeira tese.

³³⁴ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 412.

O entendimento dominante é que esta primeira teoria, pela ordem das operações que lhe subjaz, parece ser a mais adequada ao regime de responsabilidade da herança pelas duas dívidas.

Assim, e de acordo com o que ficou dito, para CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³³⁵⁾ em *primeiro lugar* deve realizar-se uma *avaliação dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte*; em *segundo lugar* deve proceder-se à *redução das dívidas*. Para a Autora as dívidas devem ser suportadas pelos bens deixados e não à *custa da soma dos bens deixados com os bens doados*. Não podendo os credores *pagar-se à custas destes últimos*; em *terceiro lugar* procede-se à soma do valor dos bens doados com as despesas sujeitas a colação. A herança, no que respeita ao cálculo da legítima, é composta *não só pelos bens deixados no património do autor da sucessão mas também pelos bens doados*. Segundo a Autora, *trata-se de uma restituição fictícia de todos os bens doados (aos presumíveis herdeiros do autor da sucessão ou a outras pessoas)*.

Efectuadas todas estas operações é-nos dado o valor da herança através do qual se torna possível calcular a quota da legítima global. Determinada a legítima global, determinamos a legítima subjectiva, isto é, determinamos o quinhão hereditário que caberá a cada um dos herdeiros legitimários.

Se o falecido fez liberalidades a um ou mais herdeiros legitimários, teremos ainda de proceder a uma quarta operação para sabermos onde imputar o valor de tais doações, se na quota disponível ou se na quota indisponível.

2.7 Colação

2.7.1 Noção e Fundamento

JOÃO QUEIROGA CHAVES⁽³³⁶⁾ diz-nos que colação é a restituição à massa da herança, para igualação da partilha, dos bens ou valores que tenham sido doados pelo *de cujus* a descendentes que pretendam entrar na sua sucessão. Esta é, aliás, a noção constante no art. 2104º, n.º 1.

³³⁵ Ob. Cit., p.,173.

³³⁶ Ob. Cit., p., 87.

É sabido que, as quotas hereditárias, salvo disposição testamentária em contrário, são iguais e se o autor da sucessão tiver feito doações a favor de seu descendente ou de seus descendentes, essas *quotas ficam desiguais* sendo, deste modo, necessário que os herdeiros – os descendentes – restituam à herança o que já a mais receberam, no que respeita à quota parte dos bens da herança a que têm direito.

Para JOÃO QUEIROGA CHAVES⁽³³⁷⁾ através da leitura atenta do art. 2104º fácil se torna perceber que a colação só tem lugar na sucessão legitimária – que como já tivemos oportunidade de ver, é uma modalidade de sucessão resultante da lei e que não pode ser afastada pela vontade do autor da sucessão (art. 2027º) – pela imediata menção, no seu n.º 1, de sucessão do ascendente pelos seus descendentes.

Já, no entender de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³³⁸⁾, o art. 2104º é passivo de uma *formulação ampla* e, por isso, parece ter uma aplicação *para além da quota legitimária*. De facto, diz o Autor, se atentarmos que o instituto da colação requer que o beneficiário da doação no momento em que esta foi feita esteja na qualidade de *presuntivo herdeiro legitimário*, se assim considerar-mos, parece então não restar dúvidas que atendendo a estas circunstâncias, o artigo se referirá apenas à sucessão legitimária. Mas o Autor julga que o art. 2108º vem deitar por terra este argumento, considerando que a menção de *quota hereditária* a que o art. 2108º, n.º 1 faz referência se refere quer à quota hereditária legitimária quer à quota legítima do descendente. Portanto, conclui o Autor, o instituto da colação é aplicável tanto na sucessão legítima quanto na sucessão legitimária, pese embora e, como óbvio se torna, a própria natureza que distingue e torna estes dois institutos de sucessão diferentes entre si, mantém-se quando aplicável o instituto da colação.

CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³³⁹⁾ fundamenta a existência de tal instituto, regulado nos arts. 2104º a 2118º, na *vontade presumida do autor da sucessão*. Segundo a Autora, quando o autor da sucessão faz uma doação a um dos seus descendentes - presuntivo herdeiro legitimário à data da doação - presume-se que o ascendente não terá tido intenção de beneficiar tal descendente em relação aos demais descendentes, daí que se defende e, tal como nos diz LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³⁴⁰⁾, a *restituição*

³³⁷ Ob. Cit., p., 88.

³³⁸ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 413.

³³⁹ Ob. Cit., p., 174.

³⁴⁰ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 414.

fictícia à herança dos bens que foram doados em vida ao descendente que pretenda entrar na sucessão.

A colação para INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁴¹⁾ assenta na *presunção de que o doador, pai ou avô, não pretende beneficiar o filho ou neto em relação aos demais descendentes. Pretende apenas, movido por determinadas circunstâncias concretas, fazer-lhe como que um adiantamento por conta do seu quinhão hereditário, adiantamento que, uma vez falecido o de cuius, o obrigará a trazer à herança (conferir) o que recebeu, a fim de evitar prejuízo dos herdeiros restantes.*

Determina o art. 2105º que apenas se encontram *sujeitos à colação os descendentes que eram à data da doação presuntivos herdeiros legitimários do doador.* Para ilustrar o que se acabou de dizer, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁴²⁾ dá-nos o seguinte exemplo: imaginemos que certo avô faz determinada doação a um neto em vida do pai deste, *nada o neto tem de trazer à colação se mais tarde vier a suceder ao avô*, isto acontece porque no momento em que o avô faz a respectiva doação ao neto, o neto não era ainda presuntivo herdeiro legitimário. Mas, o mesmo já não se verifica se o neto é chamado à sucessão em representação do seu pai, que era vivo ao tempo da doação mas que, entretanto, faleceu. Nestas circunstâncias, o neto terá de *conferir o bem ou valor doado, por força do mecanismo do ius repraesentationis, mesmo que em concreto não haja herdado esse bem ou valor, por ter perecido ou haver sido alienado.*

Por seu turno, o art. 2106º estabelece sobre quem recai a obrigação de conferir que, como claro se torna, recai sobre os descendentes, ou melhor, sobre o descendente que beneficiou da doação.

2.7.2 Pressupostos da colação

Segundo CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³⁴³⁾ para que a colação se verifique é necessário que se validem os seguintes pressupostos: a) deve o autor da sucessão em vida realizar uma doação de *coisas ou de direitos*, em benefício de um de seus descendentes que no momento dessa doação era presuntivo herdeiro legitimário do doador (art. 2104º, n.º 2 e 2110º, n.º 1). Atendendo ao disposto no art. 940º, n.º 2 não se

³⁴¹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões Parte Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p., 122.

³⁴² *Sucessões Parte Geral*, Ob. Cit., p., 122.

³⁴³ Ob. Cit., p., 174.

verifica a colação no caso de renúncia a direitos e no repúdio de herança, nem ainda nos donativos conforme os usos sociais. Atendendo ainda ao disposto no art. 2110º, n.º 2 não estão sujeitas a colação as despesas aí constantes, como sejam as de casamento, alimentos, estabelecimento e colação de descendentes. De acordo ainda com INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁴⁴⁾ as doações efectuadas a favor de cônjuge presuntivo herdeiro legitimário não estão sujeitas a colação. Como é sabido, o cônjuge integra o elenco dos herdeiros legitimários, todavia, não pode quanto a ele lhe ser aplicado o instituto da colação pelo mesmo ser *restrito aos descendentes*. Refere o Autor que o instituto *apenas se aplica aos descendentes, com exclusão dos demais herdeiros legitimários – ascendente e cônjuge*. Aliás, é este entendimento que consta do art.º 2107º, n.º 1; b) depois, necessário se torna que o beneficiário da doação não se encontre dispensado de colação. Acontece, atendendo a INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁴⁵⁾ que o doador pode *escusar o donatário de conferir a coisa doada. E pode fazê-lo no próprio acto da doação ou ulteriormente*. Tal advém do exposto no art. 2113º, n.º 1. Nas doações manuais (doações de coisas móveis, realizada *independentemente da observância de qualquer formalidade externa, mas com a tradição ou entrega da coisa doada* (art. 947º, n.º 2)) e nas doações remuneratórias (doações realizadas como *modo de retribuição de serviços recebidos sem a natureza de dívida exigível* (art.º 941)) a colação presume-se sempre dispensada (art. 2113º, n.º 3).

Para INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁴⁶⁾ o doador ao fazer qualquer uma destas *dádivas* não quis forçar o donatário a *imputá-las na quota legitimária* e, atendendo ao disposto no art. 2114º, n.º 1, *não havendo lugar à colação, a doação é imputada na quota disponível*. Portanto, o que aqui se verifica é que quando não tem lugar a colação, a doação é como se *tivesse sido feita a um estranho*, pois não tem qualquer importância em termos de *igualação da partilha*.

Todavia, pode tal não suceder. O n.º 2 do art. 2114º adverte-nos para a tal hipótese considerando que se não existir colação pelo facto de o donatário repudiar a herança, sem ter descendentes que o represente, verifica-se, nestes casos, que a doação é imputada na quota indisponível. Tal acontece no intuito de evitar uma *fuga fácil ao dever de colação e assim tornar inócua a fraude que ela representa*, determinando

³⁴⁴ *Sucessões Parte Geral*, Ob. Cit., p., 123 e ss.

³⁴⁵ *Sucessões Parte Geral*, Ob. Cit., p., 128 e ss.

³⁴⁶ *Sucessões Parte Geral*, Ob. Cit., p., 129.

assim a lei que o valor da doação se impute na quota indisponível, portanto, na legítima *do de cuius*.

Atendendo a INOCÊNCIO GALVÃO TELLES³⁴⁷) o fundamento deste n.º 2 do art.º 2114º reside na tentativa de evitar que a doação não conferida afecte outros interessados que também tenham *recebido liberalidades do autor da sucessão, tornando-as inoficiosas, o Código imputa-a na quota indisponível do doador*; c) como último pressuposto apresenta-se como necessário que beneficiários – descendentes – das doações sucedam ao doador na sucessão que se abre por falecimento do mesmo. Ainda que não tenham tirado benefício da liberalidade (art. 2106º *in fine*) necessário se torna que os donatários ou seus descendentes por direito de representação sucedam verdadeiramente ao doador.

Sempre que seja realizada uma doação a favor de um descendente presuntivo herdeiro legitimário do doador no momento da doação e o mesmo não queira ou não possa aceitar a herança e, não tenha ainda assim, descendentes aos quais funcione o direito de representação, não tem lugar a colação. O art. 2114º, n.º 2 apresenta uma solução para este tipo de situações (repúdio do donatário, sem descendentes) na tentativa de evitar que o descendente a quem o autor da sucessão tenha realizado em vida uma doação repudia a herança precisamente tendo em mira não conferir os bens doados. No caso de o repudiante ter descendentes, através do direito de representação estão os mesmos obrigados a colação.

Preenchidos tais pressupostos verifica-se a colação. No seu auxílio encontra-se o art. 2118º que qualifica como ónus real a eventual redução das doações sujeitas a colação. Atendendo ao disposto no artigo referido nos seus ns.º 1 e 2 não é permitido fazer-se o registo da doação sem o registo do ónus. Por seu turno, determina o art. 2º, n.º 1, al. q) do CRegPred o registo do *ónus de eventual redução das doações sujeitas a colação*.

2.7.3 Objecto da colação

Como já é sabido, o objecto superior da colação são, sem dúvida, as doações realizadas a favor dos descendentes. Porém, a lei considera também doações, para efeito

³⁴⁷ *Sucessões Parte Geral, Ob. Cit., p., 130.*

de colação, tudo quanto o falecido tiver despendido gratuitamente em proveito dos descendentes (art. 2110º, n.º 1). Portanto, estão sujeitas a colação as despesas realizadas a favor dos descendentes pelo autor da sucessão, excepto as despesas que se encontrem abrangidas pelo n.º 2 do mesmo artigo.

Diz-nos LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³⁴⁸⁾ que a lei afasta da colação determinadas despesas atendendo a dois critérios: *natureza e valor das despesas*. No critério da natureza estão incluídas as despesas referentes ao casamento, alimentação, estabelecimento e colocação de descendentes, portanto, despesas não sujeitas a colação se se mostrarem *adequadas ao fim a que se destinam, interferindo*, portanto, aqui o seu valor. Na tentativa de averiguar a adequação das despesas o art. 2110º, n.º 2 II parte, estabelece como critério a harmonização das mesmas com os usos e com a condição social e económica do falecido.

Determina o art. 2117º, n.º 1, que no caso de estarmos perante uma doação de bens comuns feita por ambos os cônjuges, o donatário confere metade na sucessão de cada um dos doadores. Sendo que o n.º 2 do referido artigo estabelece que *o valor de cada uma das metades é o que ela tiver ao tempo da abertura da sucessão respectiva*.

Atendendo à *ratio legis* do art. 2111º, *o donatário faz seus os frutos da coisa doada recebidos em vida do doador; só os recebidos depois da abertura da sucessão devem ser conferidos*⁽³⁴⁹⁾.

Institui o art. 2112º que não é objecto de colação a coisa doada que tiver perecido em vida do autor da sucessão por facto não imputável ao donatário; Todavia, é o donatário, nos termos do art. 2116º responsável pelas deteriorações que culposamente tiver causado nos bens doados. Este art. 2116º prevê a possibilidade de os valores que foram doados ao descendente e presuntivo herdeiro legitimário ao tempo da doação, possam ter sofrido deterioração ou depreciação por causa imputável ao donatário. Neste caso, e como afirma INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁵⁰⁾, *o donatário responde por essa deterioração ou depreciação, quer ela se dê antes do falecimento do de cuius, quer se dê depois*.

No que concerne a benfeitorias feitas na coisa doada, o donatário sujeito a colação é equiparado, nos termos do art. 2115º, ao possuidor de boa-fé, prescrevendo o artigo em causa que sejam aplicadas, com as necessárias adaptações, o disposto nos

³⁴⁸ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 423.

³⁴⁹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 423.

³⁵⁰ *Sucessões Parte Geral*, Ob. Cit., p., 132.

artigos 1273º e ss. Diz-nos INOCÊNCIO GALVÃO TELES⁽³⁵¹⁾ que são benfeitorias *todas as despesas* realizadas em prol da conservação ou do melhoramento da coisa; podendo estas ser *necessárias, úteis ou voluptuárias*. Se as benfeitorias têm por objectivo evitar a *perda, destruição ou deterioração da coisa*, diz-se que são benfeitorias necessárias; se as benfeitorias são indispensáveis para a sua conservação, aumentando até o seu valor diz-se que são benfeitorias úteis; já se as benfeitorias servirem *apenas para recreio do benfeitorizante* não sendo consideradas indispensáveis para a sua conservação nem lhe conferindo qualquer aumento de valor, dizem-se benfeitorias voluptuárias;

O art. 1273º, n.º 1, I parte, estabelece que no caso de se tratar de benfeitorias necessárias *o donatário tem direito ao seu valor*, sendo que a coisa doada *entrará nas partilhas acrescida desse valor*; já se se tratar de benfeitorias úteis é conferido ao donatário o direito de as levantar, desde que o faça sem *detrimento dela* (art. 1273º, n.º 1, II parte); se para evitar o detrimento da coisa, o donatário não possa proceder ao levantamento das benfeitorias, terá o mesmo direito *ao valor delas calculado segundo as regras do enriquecimento sem causa*. Assim sendo, a coisa doada entrará também nas *partilhas acrescida do valor das benfeitorias*.

2.7.4 A obrigação de conferir

Afirma CRISTINA M. ARÚJO DIAS⁽³⁵²⁾ que o regime da colação previsto na lei é *supletivo*, pois é conferido ao autor da sucessão o poder de dispensar a doação de colação ou até de fixar os termos e os limites em que ela pode ocorrer. Além deste regime supletivo estabelecido nos arts. 2104º e 2108º, a Autora fala ainda da *possibilidade* de existirem outros *dois regimes convencionais* – *o da colação absoluta ou por conta da legítima e o da dispensa de colação ou por conta da quota disponível*.

Veremos, em traços gerais, cada um deles: 1) Regime supletivo legal: a doação fica sujeita a colação, na *falta de estipulação em especial*, que se opera, na grande maioria das vezes, em valor, não sendo em *espécie ou substância*. Para INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁵³⁾ trata-se de uma operação *intelectual* traduzida na *imputação do*

³⁵¹ *Sucessões Parte Geral*, Ob. Cit., p., 130.

³⁵² Ob. Cit., p., 178.

³⁵³ *Sucessões Parte Geral*, Ob. Cit., p., 124.

valor da doação na quota do herdeiro a ela obrigado. Entende o Autor que não há a restituição efectiva dos bens doados, mas uma simples operação aritmética. Só havendo restituição efectiva se todos os interessados nisso concordarem.

No caso da doação exceder o quinhão legitimário a imputação *estende-se à quota disponível, na parte que toca ao interessado*. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁽³⁵⁴⁾ critica esta posição do actual Código Civil com base no argumento de que a doação *é feita por conta apenas do quinhão legitimário do donatário, e não por conta de todo o seu quinhão sucessório*. Sustenta ainda o Autor que sempre que a doação ultrapasse os limites da legítima do donatário, *deveria ter o destino geral das doações depois da morte do doador: manterem-se invulneráveis, a não ser que ofendam a legítima do doador, caso em que são reduzidas por inoficiosidade, nos termos gerais dos artigos 2168º e seguintes do Código Civil*. 2) Regime convencional: doação com colação absoluta ou por conta da legítima; Aqui o doador determina que a doação realizada é por conta da legítima. Assim, existindo ou não existindo remanescente na herança executar-se-á sempre a uma igualação total e absoluta entre os descendentes donatários e os demais descendentes, ficando o donatário obrigado a conferir todos os bens doados. No caso de o valor da doação ser superior à legítima do herdeiro donatário – que no regime supletivo viria a ser imputado na quota disponível – ao efectuar a restituição dos bens doados, pode acontecer de se reduzirem o valor da sua doação no caso da não existência de bens na herança que assegurem a sua igualação. 3) Regime Convencional: doação com dispensa de colação ou por conta da quota disponível: nos termos do art. 2113º é passível ainda a colação ser dispensada pelo doador no acto da doação ou posteriormente. Diz-nos CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³⁵⁵⁾ que se assim suceder o *doador quis avantajar o descendente donatário*. Nos termos do art. 2114º, n.º 1, não havendo lugar à colação, a doação é imputada na quota disponível, não sendo sujeita a colação e não tendo que ser conferida.

Excedendo a quota disponível, o valor da doação excessivo deve ser imputado na legítima do donatário. Excedendo as duas quotas quer a disponível quer a indisponível torna-se necessário proceder a uma redução por inoficiosidade, nos termos dos arts 2168º e ss.

³⁵⁴ *Sucessões Parte Geral*, Ob. Cit., p., 124 e 125.

³⁵⁵ Ob. Cit., p., 180.

2.7.5 Como se efectua a colação

No dizer de CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³⁵⁶⁾ a colação efectua-se de dois modos distintos: *por imputação do valor da doação ou da importância das despesas na quota hereditária* – preferência clara da lei por este modo – ou através da *restituição dos bens doados, a chamado colação em espécie ou em substância* – só sendo possível mediante o acordo de todos os interessados.

No que respeita ao valor dos bens doados, determina o art. 2109º, n.º 1, que o valor dos bens doados é o que eles tiverem à data da abertura da sucessão. No caso de o donatário ter consumido, alienado, onerado ou então deixado perecer os bens doados por culpa sua, atende-se ao valor que esses bens teriam na data da abertura da sucessão, caso não tivessem sido consumidos, alienados, onerados ou perecido em suas mãos (art. 2109º, n.º 2). Determina ainda o n.º 3 do referido artigo que estando em causa doações em dinheiro, bem como os encargos em dinheiro que a oneram e foram cumpridos pelo donatário, são actualizados nos termos do art. 551º que apresenta como epígrafe as actualizações das obrigações pecuniárias.

2.8 A imputação

Afiança LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³⁵⁷⁾ que a *existência da sucessão legitimária implica sempre a divisão da herança por duas quotas*, considerando CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³⁵⁸⁾ que *abertura da sucessão legitimária implica sempre que se apurem as quotas disponível e indisponível – a legítima – do autor da sucessão*.

Na hipótese de não ter sido realizado pelo autor da sucessão *atribuições gratuitas*, através de negócio *inter vivos ou mortis causa*, na atribuição da herança, apenas se coloca em causa, a determinação dos sucessíveis e a quem deve a herança ser atribuída e o preenchimento do quinhão de cada um dos herdeiros; Na hipótese do *de cuius* ter realizado atribuições patrimoniais gratuitas quer através de doações quer através de legados, ficamos perante a circunstância de saber a que quota da herança – se disponível

³⁵⁶ Ob. Cit., p., 180.

³⁵⁷ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 427.

³⁵⁸ Ob. Cit., p., 183.

ou se a indisponível – elas devem ser afectadas. Determinar isto é essencial quer para o preenchimento das quotas hereditárias, quer para a colação, quer ainda para o apuramento da existência de disposições gratuitas inoficiosas. É esta, segundo LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁽³⁵⁹⁾ *a operação designada por imputação*.

Nesta senda, apresenta-nos CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³⁶⁰⁾ a imputação como a *atribuição de uma liberalidade (independentemente do regime da colação) realizada pelo autor da sucessão a uma das duas quotas em que se divide a herança havendo herdeiros legitimários*.

A Autora, continua dizendo que, depois de efectuadas as operações para o cálculo da legítima global torna-se necessário determinar a legítima a que cada herdeiro legitimário tem direito, o chamado quinhão legitimário, através da imputação na legítima de cada herdeiro as liberalidades que o autor da sucessão lhe tenha feito. Havendo excesso (que se traduz na diferença entre o valor que se imputou na legítima e o montante desta) terá direito a recebe-lo.

2.9 A qualificação como Herdeiro

Declara J. OLIVEIRA ASCENSÃO⁽³⁶¹⁾ que a qualificação como herdeiro *não está na disponibilidade do autor da sucessão*. Para o Autor, o *de cuius dispõe*, mas é a *lei quem qualifica*. E para a lei a qualidade de herdeiro só é retirada ao legitimário em dois casos: a) *repudio* e, b) *se for afastado da sucessão*. Por sua vez, só é afastado da sucessão também em dois casos: a) *por deserdação* e, b) *por indignidade*. Expressa o Autor em análise que estes casos são *os únicos*, sendo que fora destes casos, *não pode ser atingido o direito a ser herdeiro legitimário*.

Os casos de indignidade sucessória constam do art. 2034º que se aplicam também à sucessão legitimária. Assim, verificando-se algumas das situações previstas neste artigo os herdeiros legitimários podem ser declarados indignos e como tal deserdados através da manifestação de vontade do *de cuius* para tal.

Fala-nos ainda o art. 2166º, n.º 1, que o autor da sucessão pode pelo testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legitimário, privando-o da

³⁵⁹ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 428.

³⁶⁰ Ob. Cit., p., 183.

³⁶¹ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Herdeiro Legitimário”, p., 23 e ss, disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OliveiraA97.pdf

legítima, quando se verifiquem algumas das circunstâncias contempladas nas suas alíneas a) a c). Acrescenta o n.º 2 do artigo em causa que o deserddado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais, isto é, fica sem *capacidade sucessória*³⁶²).

Perante o estabelecido no art. 2167º o deserddado pode impugnar a sua deserdação com fundamento na inexistência da causa invocada, caducando a acção de impugnação de deserdação ao fim de dois anos a contar da abertura do testamento.

2.10 A tutela da legítima

Preceitua o art. 2163º que o testador não pode impor encargos sobre a legítima, nem designar os bens que a devem preencher, contra a vontade do herdeiro. Portanto, como facilmente verificamos o direito sucessório estabelece mecanismos orientados para a protecção da legítima.

Assim do princípio da intangibilidade que deste artigo resulta vemos que os bens que cabem ao legitimário não podem ser onerados com encargos. Todavia, alerta LUÍS A. CARVALHO FERNANDES³⁶³), este princípio não deve ser entendido *com rigidez* sendo aliás atenuado pelos artigos que o sucedem , no que concerne à *chamada cautela sociniana e ao legado em substituição da legítima*.

Entendido ainda como mecanismo da tutela da legítima está o art. 2156º impondo que aos legitimários é asseverada uma quota da herança de que o testador não pode dispor.

E, ainda como mecanismo de tutela da legítima, atribui-se ao sucessor o direito de atacar as atribuições gratuitas realizadas pelo autor da sucessão, seja por acto *inter vivos* seja *mortis causa*, sempre, que atendendo ao seu valor, ultrapassem a quota disponível e atinjam a legítima. Ora sendo assim, falamos da redução por inoficiosidade que mais à frente iremos esclarecer.

Mas de extrema importância é ainda a questão da tutela da legítima conferida ao longo do Código Civil.

Como se sabe e, como é objecto desta tese, não é só o direito sucessório, no seu regime em particular, que prevê ou que estabelece a tutela da legítima dos herdeiros legitimários. Bem antes desta protecção conferida pelo direito sucessório, encontramos

³⁶² CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, Ob. Cit., p., 185.

³⁶³ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 432.

o artigo objecto de estudo da presente tese. Falamos por isso do art. 887º cuja tutela da legítima dos herdeiros legitimários se faz através – e do já muito falado nas páginas anteriores desta obra – da necessidade do consentimento dos restantes descendentes na venda feita a um deles pelos pais, pretendendo-se que assim se façam verdadeiras doações que aparecendo como negócios onerosos se escapem à redução por inoficiosidade.

Este art. 877º nada mais faz que integrar a tutela da legítima e assegurar a protecção aos sucessíveis legitimários antes da abertura da secessão.

2.10.1 A cautela sociniana

A cautela sociniana vem referida no art. 2164º e diz-nos que, não obstante a proibição constante do artigo anterior, o testador pode deixar usufruto ou constituir pensão vitalícia que atinja a legítima, ainda que tenha sucessíveis legitimários. Mas tal art. 2164º não deixa os herdeiros legitimários sem protecção, pois na sua II parte estabelece que os herdeiros legitimários podem cumprir o legado ou então entregar tal legado tão-só à quota disponível. Deste modo, o herdeiro legitimário pode ou cumprir o legado, admitindo, consoante os casos, o usufruto ou pagar a pensão vitalícia; ou pode ainda, em vez de cumprir o legado, entregar ao legatário a quota disponível. O legitimário tomará a decisão atendo à circunstância que considere menos gravosa para si.

No entender de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES³⁶⁴) o art. 2164º não *tomou posição no debate doutrinal relativo ao modo de actuar a cautela, quando haja vários legitimários*. Ora assim sendo, refere o Autor que perante tal silêncio do artigo e perante uma situação de *contitularidade* será correcto lançar mão ao *regime da compropriedade, cuja aplicação, a título subsidiário, se mostra legitimada pelo art. 1404º*.

³⁶⁴ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 433.

2.10.2 Legado em substituição e por conta da legítima

Para CRISTINA M. ARAÚJO DIAS³⁶⁵) quer no legado por conta da legítima quer no legado em substituição da legítima *o testador faz um legado a favor do(s) seu(s) herdeiro(s) legitimário(s) atribuindo-lhe(s) os bens que ele(s) vai (vão) receber.*

Na hipótese de legado por conta da legítima, temos que o testador fará uma atribuição de bens a determinado legitimário, para que estes sejam levados em conta, ou seja, imputados na sua quota legitimária. Portanto, atendendo ao disposto no art. 2163º o testador designa bens com o objectivo de preencher essa quota. O legado não pode ser imposto ao herdeiro legitimário, ele tem que o aceitar para que o mesmo seja eficaz e só o aceita se quiser. Se não o quiser aceitar, repudia-o e exige a sua legítima.

Declara LUÍS A. CARVALHO FERNANDES³⁶⁶) trata-se, aqui de um herdeiro *ex re certa*.

Assim, o legitimário dispõe da inteira faculdade de aceitar ou não aceitar o legado; aceitando-o não perde a qualidade de herdeiro legitimário, ficando com o direito de preencher a sua quota legitimária com os bens que, para além do legado, se considerem necessários para a integrar.

Já na hipótese de legado em substituição da legítima o autor da sucessão pode deixar um legado ao herdeiro legitimário em substituição da legítima, tal como determina o art. 2165º., n.º 1. O que aqui se verifica é que a vontade do autor da sucessão será a de deixar ao legitimário certos bens que substituirão a sua quota legitimária.

Ao herdeiro é-lhe concedida a faculdade de aceitar ou não aceitar o legado, estabelecendo o n.º 2 do artigo em causa que se o herdeiro aceitar o legado perde o direito à legítima, assim como a aceitação da legítima envolve a perda do direito ao legado; se o repudiar recebe a sua legítima nos termos gerais. Portanto, ou ele aceita o legado ou recebe a legítima.

CRISTINA M. ARAÚJO DIAS³⁶⁷) diz-nos que a aceitação do legado faz com que o herdeiro não possa exigir quaisquer valores a fim do preenchimento da sua

³⁶⁵ Ob. Cit., p., 168.

³⁶⁶ *Lições de Direito das Sucessões*, Ob. Cit., p., 437.

³⁶⁷ Ob. Cit., p., 187.

legítima, mesmo que o valor do legado seja inferior àquela (e a parte da legítima que lhe caberia acresce à parte dos outros herdeiros legitimários, se os houver).

Demarca o n.º 4 do mesmo artigo que *o legado deixado em substituição da legítima é imputado na quota indisponível do autor da sucessão; mas, se exceder o valor da legítima do herdeiro, é imputado pelo excesso, na quota disponível.*

Ultrapassando a legítima do beneficiário do legado e afectando a legítima dos outros herdeiros legitimários, o legado em substituição da legítima está sujeito a possível redução por inoficiosidade.

2.11 A redução por inoficiosidade

É certo que a garantia da legítima não se basta somente com o facto de o autor da sucessão ser proibido de fazer quer em vida ou em morte, disposições patrimoniais gratuitas que prejudiquem a respectiva legítima. Ora, sendo tal entendimento tido como certo, torna-se imprescindível que, verificando tais atribuições, os herdeiros legitimários possam lançar mão de algum meio no sentido de as combater e de a reintegrar na legítima. A esse meio chama-mos de redução por inoficiosidade.

O art. 2168º fala-nos precisamente das liberalidades inoficiosas que se designam como tal por ofender a legítima dos herdeiros legitimários.

Para CRISTINA M. ARAÚJO DIAS⁽³⁶⁸⁾ a redução por inoficiosidade visa a *defesa da integridade da legítima* e aplica-se a todas as liberalidade realizadas pelo autor da sucessão a favor dos seus herdeiros ou a estranhos quer em sua vida quer em sua morte.

Dispõe o art. 2169º que *as liberalidades inoficiosas são redutíveis, a requerimento dos herdeiros legitimários ou dos seus sucessores, em tanto quanto for necessário para que a legítima seja preenchida.* Acrescenta o artigo imediatamente seguinte que *não é permitida em vida do autor da sucessão a renúncia ao direito de reduzir as liberalidades* (art. 2170º).

O art. 2178º estabelece o prazo da acção de redução de liberalidades inoficiosas, sendo que o mesmo caduca dentro de dois anos a contar da aceitação da herança pelo herdeiro legitimário.

³⁶⁸ Ob. Cit., p., 188.

2.11.1 Ordem da redução

A ordem da redução das liberalidades encontra-se estabelecida no art. 2171º, nos termos do qual *a redução abrange em primeiro lugar as disposições testamentárias a título de herança, em segundo lugar os legados e, por último, as liberalidades que hajam sido feitas em vida do autor da sucessão.*

A ordem indicada neste art. 2171º atende à natureza das liberalidades, sendo complementada por critérios estabelecidos no art. 2172º e art. 2173º, n.º 1 I parte e n.º 2.

Assim determina o art. 2172º que *se bastar a redução das disposições testamentárias, será feita proporcionalmente, tanto no caso de deixas a título de herança como a título de legado.* Estabelecendo o n.º 2 de tal artigo que se, porém, o testador tiver declarado que certas disposições devem produzir efeito de preferência a outras, as primeiras só serão reduzidas se o valor integral das restantes não for suficiente para o preenchimento da legítima. Do mesmo modo, diz-nos o n.º 3 do artigo em questão que *gozam de igual preferência as deixas remuneratórias.*

É de ter em atenção que apenas serão atingidas pela redução por inoficiosidade as liberalidades feitas em vida quando o valor das testamentárias – a título de herança e de legado – não consigam garantir o preenchimento da legítima. Por isso, rege o art. 2173º que se houver necessidade de recorrer às liberalidades feitas em vida, começa-se pela última, no todo ou em parte; caso isto não chegue, passa-se à imediata; e assim sucessivamente. Se existirem diversas liberalidades feitas no mesmo acto ou na mesma data, estipula o n.º 2 do art. 2173º, a redução é feita entre elas rateadamente, excepto se alguma delas for remuneratória, caso em que lhe é aplicável o disposto no n.º 3 do art. 2172º.

2.11.2 Modo como opera a redução por inoficiosidade

O art. 2174º faz a distinção entre bens doados divisíveis (n.º 1) e bens doados não divisíveis (n.º 2) para com isto determinar os modos de como se opera a redução de liberalidades inoficiosas. Assim, quando os bens legados ou doados são bens divisíveis, a redução efectua-se com base na separação dos bens da parte necessária para preencher a legítima; já se os bens forem indivisíveis e se a importância da redução exceder metade do valor dos bens, *estes pertencem integralmente ao herdeiro legítimo, e o*

legatário ou donatário haverá o resto em dinheiro; no caso contrário, os bens pertencem integralmente ao legatário ou donatário, tendo este de pagar em dinheiro ao herdeiro legítimo a importância da redução. Sendo que no dizer do n.º 3 a reposição, como consequência da redução, daquilo que se despendeu gratuitamente a favor dos herdeiros legítimos é feita igualmente em dinheiro.

De acordo com o disposto no art. 2175º é o donatário ou os seus sucessores responsáveis pelo preenchimento da legítima em dinheiro, até ao valor desses bens, caso os mesmos tenham perecido por qualquer causa ou tenham sido alienados ou onerados.

No que respeita a frutos e benfeitorias o donatário é considerado possuidor de boa-fé até à data do pedido de redução (art. 2177º), portanto, *faz seus os frutos da coisa doada, sendo-lhe aplicáveis os arts. 1273º a 1275º no que respeita às benfeitorias*⁽³⁶⁹⁾.

3. Considerações finais

Recorde-se que, na abertura deste Capítulo III, encontramos uma página com um pequeno texto que retiramos de um *site* brasileiro aquando da pesquisa de material bibliográfico.

De imediato, consideramos o seu conteúdo interessante e ficamos com ela, mas não sabíamos muito bem onde encaixa-la ou até se encaixa-la.

No entanto, como não descoramos nenhum do material que fomos vindo a recolher, especialmente naquela fase que nos é destinada precisamente à recolha de material para a elaboração da tese, onde invariavelmente nos vem ter às mãos tudo o que precisamos e, principalmente, tudo o que não precisamos – fase que agora estamos aptas a qualifica-la como demasiado confusa, desorganizada e difícil – à medida que o tempo ia passando tivemos consciência de que esta frase seria um bom auxiliar para nós.

Assim, quando chegou o momento de ordenar o material e arregaçar as mangas para começar a elaborar este tão entusiasmante capítulo – que ao fim e ao cabo é o mais importante capítulo da presente tese – vimos que ela seria um bom ponto de partida para a explanação das matérias que aqui queríamos falar.

³⁶⁹ CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, Ob. Cit., p., 189.

A questão colocada por aquele Senhor brasileiro ao seu Advogado, parecia ser uma boa forma de começar a introduzir e a ordenar os pontos-chave destinados a abordar nesta fase do trabalho.

Deste modo, deparamo-nos que aos poucos e de todas as vezes que liamos a frase imaginávamo-nos, por breves momentos, num escritório ou em qualquer outro contexto social à procura de uma resposta plausível, devidamente adequada e fundamentada para apresentar a este Senhor.

De facto, pelo seu carácter “afitivo” a questão suscitou-nos de tal forma interesse e curiosidade em encontrar para ela uma resposta que preenchesse cada uma das interrogações em geral e, cada um dos pontos focados, em particular.

Por isso, mediante as nossas procuras incessantes por respostas para tal pergunta, não hesitamos em coloca-la na abertura deste capítulo, sabendo, de antemão que ela nos daria bagagem para a elaboração completa do mesmo.

E assim sucedeu.

Consideramos ainda que esta não será apenas uma questão colocada por aquele Senhor brasileiro protagonista da frase aqui exposta, mas será colocada por muitos outros senhores e senhoras que constantemente se deparam com situações semelhantes a esta.

Infelizmente, não temos em nossa posse quaisquer dados percentuais que possamos apresentar, nem sabemos se isso tão-pouco é possível ou existe, porém, admitimos que no nosso país esta será uma questão recorrente.

O certo é que parece-nos, e estamos convictas disso, apresentamos ao longo do Capítulo III uma resposta – demasiado extensa, é certo – mas uma resposta ordenada, devidamente fundamentada e adequada, sobretudo, às finalidades pretendidas aquando da definição dos objectivos que este capítulo deveria ter.

Estamos, por isso, satisfeitas com os resultados obtidos e com a certeza de que a frase colocada à abertura não será tida em vão, mas passível de toda a matéria apresentada e focada.

Resta-nos, agora e, por último, dizer que a resposta do Sr. Advogado a quem esta precisa questão foi colocada pelo cliente em seu escritório, segue, de modo muito geral as linhas por nós aqui definidas e apresentadas, embora em moldes muito mais sucintos.

Determinados aspectos, sobretudo do Direito Sucessório não foram pelo mesmo abordados.

Além de que, a resposta a esta questão baseia-se na legislação brasileira, sendo necessário, como bem se sabe, proceder sempre a alguns ajustes.

Portanto, da resposta apresentada pelo Sr. Advogado brasileiro ao seu cliente retiramos apenas a frase que o mesmo lhe apresenta no final da sua explanação: *tirando a morte e paixão que não é correspondida, há jeito para quase tudo*(³⁷⁰).

³⁷⁰ ZENO VELOSO, “*Venda de Ascendente a Descendente*”, disponível em: www.soleis.adv.br

CAPÍTULO IV

ANÁLISE DA QUESTÃO DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Sumário: 1. Considerações gerais. 2. A ineficácia dos negócios jurídicos. 3. Inexistência e invalidade – nulidade e anulabilidade – dos negócios jurídicos. 3.1 Inexistência e invalidade. 3.2 Nulidade e anulabilidade. 3.2.1 Nulidade. 3.2.2 Anulabilidade. 3.2.3 Confirmação. 3.2.4 Efeito anulatório. 4 O regime da anulabilidade do artigo 877º do Código Civil.

1. Considerações gerais

Ninguém desconhecerá, por certo, que a matéria que sobre a invalidade do negócio jurídico respeita é envolta de enorme importância e de enorme complexidade. RUI DE ALARCÃO⁽³⁷¹⁾ afirma que *são incontáveis as situações da vida jurídica em que determinados efeitos se não produzem porque actos em que eles se fundariam se mostram nulos ou, por outro modo, ineficazes*. Para o Autor em causa, a frequência com que tais acontecimentos se verificam no dia-a-dia jurídico, leva a que a doutrina qualifique a teoria das nulidades como *uma das mais obscuras que existem*. No que a este aspecto respeita, considera ainda o Autor em questão que *volvidos vinte séculos ainda não se logrou estabelecer, na matéria em causa, um sistema claro e satisfatório*.

É certo que nem todos – assim consideramos – partilham desta visão tão negativista do Autor – mas, no entanto, há que admitir que estamos perante um tema de grandes dificuldades.

³⁷¹ RUI DE ALARCÃO, “Sobre a Invalidade do Negócio Jurídico”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, elaborados com base em notas de uma lição proferida pelo Autor no concurso para professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, em Outubro de 1977, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1983, III IUBIDICA., p., 39, disponível em: http://www.uc.pt/fduc/galeria_retratos/rui_alarcao/pdf/homenagem_teixeira_ribeiro_1983.pdf

Assim, nas páginas seguintes abordaremos a invalidade dos actos jurídicos – nomeadamente no que ao nosso tema diz respeito – e as figuras que dele decorrem, isto é, a nulidade e a anulabilidade.

2. A ineficácia dos negócios jurídicos

Conforme afirma MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE⁽³⁷²⁾ um negócio jurídico é ineficaz sempre que *por qualquer motivo legal não produz todos ou em parte dos efeitos que, segundo o conteúdo das declarações de vontade que o integram, tenderia a produzir*; ora daqui decorre que no dizer de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO⁽³⁷³⁾ a esta definição corresponde um tipo de ineficácia *lato sensu*. Só assim, é possível afirmar que a *invalidade é uma espécie do género da ineficácia*. Todavia, enquanto que à ineficácia *lato sensu* corresponde *todas as hipóteses em que, por causas intrínsecas ou extrínsecas, o negócio não deve produzir os efeitos a que tendia*, à invalidade corresponde *apenas a ineficácia que provém de uma falta ou irregularidade dos elementos internos (essenciais, formativos) do negócio*.

Admite MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE⁽³⁷⁴⁾ que a definição ampla de ineficácia, isto é, a ineficácia *lato sensu* *abrange a ineficácia propriamente dita e a nulidade*.

No que respeita à ineficácia em *sentido estrito* ela acontece quando depende, *não de uma falta ou irregularidade dos elementos internos do negócio, mas de alguma circunstância extrínseca que, conjuntamente com o negócio, integra a situação complexa produtiva de efeitos jurídicos*⁽³⁷⁵⁾

No dizer de MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE⁽³⁷⁶⁾ são duas as principais modalidades da ineficácia em sentido estrito, sendo elas: a) *ineficácia absoluta e ineficácia relativa*. É absoluta porque é *erga omnes*, sendo invocada por qualquer interessado e operando *ipso iure*; é relativa porque a sua ineficácia se produz apenas a determinadas pessoas, *a favor das quais foi estabelecida, e só estas podem*

³⁷² MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Almedina, 2003, Vol. II, (9ª Edição), p., 411.

³⁷³ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, (3ª Edição), p., 605.

³⁷⁴ Ob. Cit., p., 411.

³⁷⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, Ob. Cit., p., 605.

³⁷⁶ Ob. Cit., p., 411.

invoca-la. Apresentamos como casos de *ineficácia absoluta*, o dos negócios *sob condição suspensiva*, quando esta condição suspensiva se não verifique. Assim sendo, o negócio jurídico não produz nenhum efeito *nem mesmo entre as partes*; como casos de *ineficácia relativa* temos os negócios concretizados *pelo falido ou insolvente civil*. É sabido, que estes negócios têm eficácia entre as partes, só não produzindo efeitos no que respeita à massa falida, sendo que apenas aos credores – ou então alguém que os represente – é-lhe concedido o direito de invocar esta ineficácia e; b) *ineficácia total e ineficácia parcial*. Como o próprio nome indica a ineficácia é total ou parcial, *conforme intenta a não verificação de todos ou apenas de parte dos efeitos do negócio*.

Em jeito de finalização deste *item* podemos dizer com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁽³⁷⁷⁾ que os *negócios jurídicos não provocam, sempre, os efeitos que se destinem a produzir porque a autonomia privada é duplamente limitada. Em termos extrínsecos, ela cede perante a lei, que apenas a reconhece dentro de determinadas fronteiras; em moldes intrínsecos, ela pode ser deficientemente exercida pelas partes que, sendo falíveis, vão, por vezes, falhar na tentativa de configurar situações jurídicas*.

3. Inexistência e invalidade – nulidade e anulabilidade – dos negócios jurídicos

3.1 Inexistência e invalidade

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO⁽³⁷⁸⁾ acolhe a figura da inexistência como *autónoma* pois, dela deriva consequências muito mais gravosas do que a nulidade e a anulabilidade. Segundo o Autor, quando estamos na presença da figura da inexistência *nem sequer se verifica o «corpus» de certo negócio jurídico*; já, pelo contrário, se estivermos na presença de um negócio jurídico nulo ou anulável o mesmo, em princípio, existe, isto é, verificam-se *os elementos correspondentes ao seu tipo, sem embargo de ocorrer, nesses elementos, alguma anormalidade*. Nesta linha de pensamento situa-se RUI DE ALARCÃO⁽³⁷⁹⁾ segundo o qual existe entre nós uma *suficiente base doutrinal* que permite sustentar a figura da inexistência como uma

³⁷⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra, Almedina, 2000, p., 639.

³⁷⁸ Ob. Cit., p., 608.

³⁷⁹ “Sobre a Invalidade do Negócio Jurídico”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, Ob. Cit., p., 611.

categoria dogmática autónoma, porque da mesma advém consequências mais graves e radicais do que aquelas que se verificam a nível, inclusive, da própria nulidade. Para o Autor é imprescindível admitir-se a figura da inexistência do negócio jurídico como uma *categoria distinta da ineficácia «lato sensu»*, *exprimindo aquela figura a não ocorrência de determinado negócio e não apenas a não produção, por diversas formas, dos efeitos de um negócio ocorrente ou existente.*

Contraposta a esta posição situa-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁽³⁸⁰⁾ o qual não reconhece a figura da inexistência *como um vício autónomo*. Assim, para o Autor, incluir na doutrina geral do negócio jurídico a figura da inexistência conduz a resultados muito inadequados e perniciosos; além de que a nossa prática jurídica não se coaduna com a possibilidade de serem declaradas inexistências. O Autor considera os casos *de inexistência jurídica* como tão-só casos de nulidade, sob pena, se assim não forem considerados, de *gravíssimas injustiças, enquadradas por puros conceptualismos*. Por isso, conclui, *nada na lei geral impõe a inexistência no domínio do negócio jurídico*. Do mesmo modo, *nenhuma razão científica recomenda a sua autonomização*. Os casos previstos na lei como “*não produzindo quaisquer efeitos*” são, na realidade, nulidades.

O nosso Código Civil consagra a figura da inexistência no que concerne às invalidades do casamento; o art. 1628º contém as hipóteses de inexistência jurídica do casamento, sendo que o art. 1630º determina que a inexistência pode ser invocada por qualquer pessoa, a todo o tempo, independentemente de declaração judicial e que o casamento inexistente não produz qualquer efeito jurídico *e nem sequer é havido como putativo*. Assevera RUI DE ALARCÃO⁽³⁸¹⁾ que fora deste *sector do casamento não encontramos no Código Civil uma afirmação explícita da figura, mas isso nada depõe contra a admissão dela como categoria genérica*.

No que toca à invalidade dos negócios jurídicos esta é no dizer de RUI DE ALARCÃO⁽³⁸²⁾, *uma expressão ambígua* porque não é tida nem usada sempre com o mesmo alcance. De acordo com o Autor a nossa doutrina, a jurisprudência e mesmo a nossa legislação, acolheu um significado *técnico* desta expressão qualificando a

³⁸⁰ Ob. Cit., p., 643.

³⁸¹ “Sobre a Invalidade do Negócio Jurídico”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, Ob. Cit., p., 612.

³⁸² “Sobre a Invalidade do Negócio Jurídico”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, Ob. Cit., p., 613.

ineficácia como integrada *pela nulidade e pela anulabilidade, ou então por estas duas modalidades acrescidas duma outra, a da invalidade do regime misto, dita, brevemente, invalidade mista*. Todavia, o Autor em análise afirma que a terceira modalidade de invalidade – portanto, a invalidade mista – pode ser perfeitamente *dispensável*, reconduzindo-se a figura da invalidade apenas à nulidade e anulabilidade.

3.2 Nulidade e anulabilidade

Dispõe o art. 285º que *na falta de regime especial, são aplicáveis à nulidade e à anulabilidade do negócio jurídico as disposições dos artigos subsequentes*.

Como já acima dissemos, os negócios jurídicos resultam do exercício da autonomia privada. Todavia, como também já é sabido, o negócio jurídico – enquanto negócio produtor de certos e determinados efeitos jurídicos – tem necessariamente de ser reconhecido pelo ordenamento jurídico para que, como tal, possa produzir os efeitos que as partes têm em mira com o negócio. Assim, diz-nos JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁽³⁸³⁾ o reconhecimento do negócio jurídico *opera automaticamente* se satisfizer os requisitos gerais de eficácia negocial instituídos pelo regime jurídico, sendo na sua maioria, *requisitos de validade do negócio jurídico*.

Ora, se assim acontecer, o negócio jurídico verá produzidos os efeitos jurídicos que objectivou. Pelo contrário, se não forem reconhecidos tais efeitos, o negócio jurídico será ineficaz, traduzindo-se essa ineficácia numa ineficácia em sentido estrito ou na invalidade do negócio jurídico – nulidade ou anulabilidade.

Diz-se que um negócio é ineficaz sempre que as partes não satisfaçam um requisito de eficácia do negócio jurídico em questão (de eficácia em sentido restrito ou de validade). É sabido que no nosso ordenamento jurídico, os requisitos de eficácia negocial são condições de validade do negócio jurídico; na eventualidade de não serem observados pelas partes, o negócio poderá ser inválido, anulável ou nulo.

JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁽³⁸⁴⁾ assegura que existem muitos requisitos de validade negocial previstos na parte geral do nosso CC e, dá alguns exemplos como sejam: *a forma do negócio (arts. 219º e 220º), a capacidade negocial (arts. 125º e 148º,*

³⁸³ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico, Anotação ao Regime do Código Civil (artigos 217º A 295º)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p., 102.

³⁸⁴ Ob Cit., p., 103.

este último aplicável igualmente nos casos de inabilitação por força do art. 156º), a emissão de declaração negocial (arts. 217º e 218º), a liberdade de acção declarativa (visível com a nulidade da declaração emitida com coacção física – art. 246º), os vícios da declaração (arts. 240º a 257º), a licitude, a determinabilidade e a possibilidade do objecto negocial (arts. 280º, 281º, 271º), o respeito pelas normas injuntivas (art. 294º). A todos estes requisitos que o Autor nos apresenta, acresce ainda outros requisitos dispersos pelo regime dos negócios jurídicos em especial, como é o caso da legitimidade negocial (art. 892º, aplicável a todos os negócios onerosos por força dos arts. 939º e 956º).

No que concerne aos requisitos de eficácia em sentido estrito, diz-nos o Autor em análise, que estes *são mais raros*, surgindo como exemplo *o registo da hipoteca (art. 687º e art. 4º, n.º 2, do Código Registo Predial).*

3.2.1 Nulidade

Nos termos do art. 286º *a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal.*

Garante JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁽³⁸⁵⁾ *que o vício que gera a invalidade do negócio jurídico, a nulidade ou a anulabilidade, é contemporâneo da celebração do mesmo, quer dizer, ocorre no momento da sua conclusão.* Continua o Autor, *o negócio jurídico ou é inválido no momento da sua celebração ou é válido. Sendo válido aquando da sua celebração, é válido para sempre; não há invalidades supervenientes.*

Por força da falta ou vício de um elemento interno ou formativo, o negócio jurídico nulo não produz, desde o início (*ab initio*), os efeitos que pretendia; portanto, não se produz a vontade das partes manifestada aquando da celebração do contrato. Tal sanção encontra o seu fundamento em motivos de interesse público, sendo que sempre que o mesmo é lesado o Direito tende a sancionar tais negócios jurídicos com *o grau mais enérgico de invalidade*⁽³⁸⁶⁾ – portanto, a nulidade.

³⁸⁵ Ob. Cit., p., 104.

³⁸⁶ MARIA ROSA E SARA VALENTE, “*Diferença entre Nulidade e Anulabilidade*”, disponível em: http://hugolancassocial.blogspot.pt/2007/11/diferenca-entre-nulidade-e-anulabilidade_29.html

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO⁽³⁸⁷⁾ apresenta-nos o seguinte esquema do regime das nulidades. Segundo o Autor as nulidades: a) *operam «ipso iure» ou «ipsa vi legis»*, isto significa que a nulidade se produz sem a necessidade de ser invocada por qualquer interessado, portanto, não sendo preciso uma declaração de vontade no sentido de que se produzam os efeitos atinentes à nulidade. A nulidade pode ser declarada *«ex officio» pelo juiz sempre que no processo tenha elementos para se certificar da sua existência*⁽³⁸⁸⁾ (art. 286º); b) *são invocáveis por qualquer pessoa interessada*, isto é, qualquer pessoa que possa ser afectada de algum modo pelos efeitos que o negócio tinha em mira produzir, quer na sua *consistência jurídica* quer na sua *consistência prática*. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE⁽³⁸⁹⁾ diz-nos que é aqui visível a *ideia da protecção do interesse público*; c) *são insanáveis mediante confirmação* (art. 288º *«a contrario»*). Profere MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE⁽³⁹⁰⁾ que a confirmação é *o acto pelo qual as pessoas legitimadas para arguir a nulidade declaram que prescindem de a invocar, aprovando o negócio não obstante o vício de que enferma*. É usual dar-se à confirmação o nome de *ratificação*. Afirmo o Autor que a *confirmação não é admitida nos negócios feridos de nulidade absoluta*. Continua, dizendo que, não sendo possível a confirmação, *pode e deve admitir-se a renovação – reiteração – do negócio absolutamente nulo*. São, porém, institutos diferentes. Para o Autor em questão, a *confirmação opera ex tunc*, isto é, *tem efeito retroactivo, apagando a nulidade*. Na *renovação há um negócio jurídico novo: por isso mesmo a renovação opera ex nunc*. É permitido às partes atribuírem ao novo negócio *eficácia retroactiva*, mas *só nas relações entre elas e nunca em face de terceiros*, sendo que a *obrigatoriedade será, pois, meramente obrigacional e não real* e; d) *são insanáveis pelo decurso do tempo*, ou seja, são invocáveis a todo o tempo (art. 286º).

MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE⁽³⁹¹⁾ fala em *perpetuidade* sendo que a nulidade absoluta pode ser invocada, quer *por via de acção*, quer *por via de excepção (defesa)*. Não estando sujeita a prazo. Declara o Autor que na nulidade relativa, o poder de ser invocada a nulidade a todo o tempo por via da excepção também aqui se verifica. Afirmo que a característica da perpetuidade é também determinada por *motivos de interesse público*.

³⁸⁷ Ob. Cit., p., 611.

³⁸⁸ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, Ob. Ci., p., 417.

³⁸⁹ Ob. Cit., p., 417.

³⁹⁰ Ob. Cit., p., 418.

³⁹¹ Ob. Cit., p., 417.

Acrescenta CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO⁽³⁹²⁾ que a característica da perpetuidade pode, todavia, ser *precludida, no aspecto prático, pela verificação da usucapião (prescrição aquisitiva), se a situação de facto foi actuada de acordo com os efeitos a que tendia o negócio*.

Na finalização deste *item* – nulidade – podemos fazer a seguinte síntese: a nulidade de que o negócio jurídico pode padecer pode configurar uma *nulidade total ou parcial*⁽³⁹³⁾. Assumindo a natureza de nulidade total, *o negócio jurídico não produz os efeitos que tinha por escopo produzir*. Todavia, não significa que não existam efeitos desencadeados por ele, desde logo, os que resultam da declaração de nulidade (art. 289º), mas os efeitos que resultariam da declaração válida do negócio jurídico, esses não se produzem⁽³⁹⁴⁾.

Contrariamente do que sucede no negócio anulável – que mais à frente teremos oportunidade de ver – o negócio nulo não é susceptível de convalidação no CC: *uma vez nulo, nulo para sempre*. Desta forma, a lei não determina qualquer prazo para a invocação da nulidade, dizendo-se que a nulidade pode ser arguida a *todo o tempo*.

A nulidade *pode ser conhecida de ofício pelo juiz*, sendo que para além deste qualquer interessado pode invocá-la. Atendendo a JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁽³⁹⁵⁾ o conceito de interessado é de difícil delimitação, pois, *sendo certo que a lei não limita às partes e ao tribunal o direito a invocar a nulidade, não o atribui a qualquer pessoa*. Além das partes envolvidas no negócio jurídico, admite o Autor supra citado, *também os credores de quaisquer delas têm legitimidade para arguir a nulidade (art. 605º do Código Civil)*, sendo que, pode dizer-se que, *de um modo geral, qualquer pessoa cuja situação jurídica possa ser afectada de algum modo pelo negócio* pode também arguir a nulidade do mesmo.

³⁹² Ob. Cit., p., 611.

³⁹³ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, Ob. Cit., p., 104.

³⁹⁴ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, Ob. Cit., p., 105.

³⁹⁵ Ob. Cit., p., 105.

3.2.2 Anulabilidade

A anulabilidade encontra-se prevista no art. 287º. Numa primeira linha e de acordo com RUI DE ALARCÃO⁽³⁹⁶⁾ diz-se anulável todo o *negócio afectado por um vício genético que o priva, em regra retroactivamente, dos efeitos a que se destina, se a pessoa ou as pessoas para tanto legitimadas assim requererem ou declararem.*

Ainda no entender dos Autores acima citados, a anulabilidade apresenta-se como a *figura central da teoria da ineficácia (lato sensu) do negócio jurídico* e estabelecendo uma rápida comparação com a figura da nulidade, facilmente se depreende que a anulabilidade é, em relação a esta, mais *dúctil e flexível, mais ajustadas ao ditames da autonomia privada e da conservação da actividade negocial, e mais apta para satisfazer as necessidades ou interesses da vida jurídica.*

Não descorando os outros Autores citados, socorremo-nos principalmente - para a elaboração deste ponto da nossa obra - da definição de anulabilidade apresentada por RUI DE ALARCÃO⁽³⁹⁷⁾. Assim, de acordo com o Autor, a anulabilidade reconduz-se, nada mais nada menos a um *negócio jurídico afectado por um vício genético que o torna de per si inapto para produzir os efeitos a que se destina, mas leva a que ele seja privado desses efeitos, em regra retroactivamente, se a pessoa ou as pessoas para tanto legitimadas assim o desejarem, e obtiverem uma decisão judicial que decrete a ineficácia ou conseguirem, quando isso seja bastante, o acordo da contraparte nesse sentido.* Se assim suceder, o Autor não tem dúvidas, estamos perante um *negócio anulável*, estamos perante a *figura da anulabilidade do negócio.*

Portanto desta noção apresentada por RUI ALARCÃO⁽³⁹⁸⁾ verificamos que: a) o negócio anulável é, em primeiríssimo lugar, um negócio *viciado*. É um negócio afectado por *um vício, um defeito, uma imperfeição*. Apuramos, por isso, que este negócio não é conforme com o ordenamento jurídico, existindo, isso sim, *um desvio* no que concerne às regras disciplinadoras da autonomia privada. Além do mais, dizemos que o negócio é *geneticamente viciado*, isto é, o negócio nasce viciado; *o defectus donde procede a situação de anulabilidade é contemporâneo da formação negocial – é um vício de formação do negócio.* Todavia, acredita-se que a mesma qualificação de negócio

³⁹⁶ RUI DE ALARCÃO, “Efeito da Confirmação dos Negócios Anuláveis”, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 1978, Vol. IV, p., 70, disponível em: http://www.uc.pt/fduc/galeria_retratos/rui_alarcao/pdf/vol_iv_1978.pdf

³⁹⁷ RUI DE ALARCÃO, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, Coimbra, ATLÂNTIDA EDITORA, S.A.R.L., 1971, Vol. I, p., 51.

³⁹⁸ *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, Ob. Cit., p., 52 e ss.

anulável deve ser dada ao vício que se constitui *num momento posterior àquele em que o negócio se forma*. Admite o Autor que mesmo nestas situações, a lei, por força da retroactividade, *reputa o vício como se existisse no momento da formação, ou então no defeito negocial, tendo lugar depois da celebração ou conclusão do negócio, ocorre, porém, antes do momento decisivo para a sua eficácia e, por conseguinte, antes que ele tenha entrado verdadeiramente em vigor*. Falámos, aqui, atendendo ao Autor em questão, de *anulabilidade superveniente* (o vício em causa, embora não se reporte à natureza formativa do negócio jurídico é, porém, *um vício que se situa na origem do negócio, na sua génese*); nos restantes casos – os chamados casos comuns - falámos de *anulabilidade originária* ou simplesmente de *anulabilidade*; b) o negócio anulável é um *negócio apto a produzir os efeitos a que se dirige*. Assim, embora ferido pela anulabilidade, o negócio *não deixa* de produzir a sua eficácia onde é manifestada a vontade das partes. Todavia, perante a circunstância de um negócio anulável, os efeitos produzem-se apenas de modo *provisório – eficácia provisória ou interina – estando na carência, não actual mas apenas virtual, de efeitos*.

Entende o Autor supra citado que *a não produção dos efeitos, no negócio ferido de anulabilidade, é uma não produção provocada, dependendo de uma decisão judicial ou extrajudicial nesse sentido*. Assim, exceptuando os casos em que a anulação advém de um acordo entre o titular do direito de anulação e a sua contraparte, *é necessária a intervenção do tribunal para que se tenha por constituída a situação de negócio anulado*; ao contrário, como se sabe, numa situação de nulidade, mesmo quando o tribunal, agindo oficiosamente ou a pedido dos interessados, assevere a existência de nulidade, *a correspondente sentença não constitui tal situação, apenas a declara: a sentença aqui é meramente constitutiva; ali é verdadeiramente constitutiva. Por isso se deve falar, num caso, de uma declaração de nulidade; no outro, de uma anulação* (arts. 289º, n.º 1 e 291º, n.º 1).

Posto isto, surge-nos, inevitavelmente a questão de como deve fazer-se valer a anulabilidade. Para tanto, RUI ALARCÃO⁽³⁹⁹⁾ fala-nos de dois sistemas alicerçais: *o sistema da anulação judiciária, acaso temperado pela possibilidade de uma anulação convencional e o sistema da anulação unilateral*. Para o primeiro sistema, a anulação só existe se dor decretada por decisão judicial, excepto se as partes – o titular do direito de

³⁹⁹ A Confirmação dos Negócios Anuláveis, Ob. Cit., p., 59 e ss.

anulação e sua contraparte – acordarem em anular o negócio, sendo que neste caso teremos a *validade desta convenção ou pode essa mesma validade resultar explicitamente da lei*. Para o segundo sistema – o da anulação unilateral – à anulação corresponde uma *declaração privada da pessoa a quem compete tal poder*. Para o Autor, o nosso Código Civil acolheu o sistema de *anulação judiciária*, admitindo, porém, a *possibilidade de anulação convencional, como se depreende do art. 291º, n.º 1 in fine*.

Aquele que deseja anular o negócio jurídico em causa deverá lançar mão do recurso aos tribunais a fim de obter *uma decisão que decrete a anulação do negócio*. Essa decisão pode ser *alcançada por via de acção como, se a lei o não vedar, por via de excepção, consoante seja o interessado na anulação a tomar a iniciativa do processo anulatório ou antes a defender-se num processo em que outrem pretenda fazer valer os efeitos do negócio anulável*. Será dispensado o recurso ao tribunal, sempre que na anulação extrajudicial, o titular do direito de anulação consiga obter o acordo da contraparte objectivando admitir o negócio como anulado.

No que concerne às pessoas com legitimidade para pedir a declaração judicial anulatória ou para conseguir a anulação extrajudicialmente, vemos que, em princípio, essa legitimidade pertencerá a certa ou certas pessoas, às quais é reconhecido o interesse em que a anulabilidade seja constatada.

Aqui poder-se-á fazer uma comparação útil entre os arts. 286º e 287º, n.º 1 verificando que o primeiro destes artigos estabelece que a anulabilidade é invocável por *qualquer interessado*, já o segundo artigo mencionado estabelece que *só tem legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas cujo interesse a lei estabelece*. Perante tal directiva da lei civil, no que toca a este último artigo, RUI DE ALARCÃO⁽⁴⁰⁰⁾ afirma que não podemos aceitar este artigo *senão como uma directiva genérica*. Assim, continua, *se a invocação da anulabilidade só compete, em princípio, a certas e determinadas pessoas, pode essa invocação, excepcionalmente, estar aberta a qualquer interessado*. Repare-se: *a anulabilidade, se em regra é relativa, pode em casos excepcionais ser absoluta*. Adianta o Autor em questão, que é perfeitamente concebível a anulabilidade ser *invocável por qualquer pessoa*; é o caso, por exemplo, dos arts. 1836º, n.º 2 e 1846º.

⁴⁰⁰ A Confirmação dos Negócios Anuláveis, Ob. Cit., p., 65.

Deste modo, ao lado da anulabilidade relativa encontramos a anulabilidade absoluta, assumindo que a relatividade da anulabilidade não é uma *característica essencial ou estrutural, mas tão-só um traço normal: existe sempre na anulabilidade que podemos chamar típica, mas pode faltar na anulabilidade atípica.*

Em síntese podemos resumir a explicação do art. 287º da seguinte forma: é ponto assente que ao negócio jurídico anulável corresponde a produção dos seus efeitos até ser anulado, constituindo isto só por si uma diferença fundamental no que concerne ao negócio nulo, sendo que à nulidade total corresponde uma ineficácia desde o seu início.

Quem exerce o direito de anulação do negócio jurídico é o sujeito que a lei estabelece como tendo interesse na anulabilidade. Este direito de anulação só pode ser exercido no prazo de um ano, sob pena de o negócio se convalidar. O prazo é contado a partir da cessação do vício que fere o negócio de anulabilidade. Por vezes, *esse momento coincide com o conhecimento do vício pelo titular do direito à anulação (é o que acontece nos casos de incapacidade, relativamente ao representante legal, nos casos de erro, dolo e usura relativamente a estas situações), outras com a celebração do negócio (por exemplo, o negócio celebrado com coacção psicológica, excepto se esta se prolongar para momento posterior, caso em que o prazo se contará a partir da cessação da ameaça)*⁽⁴⁰¹⁾.

Fica na não dependência de prazo no caso de o negócio jurídico não estar ainda cumprido. Assim, a anulabilidade pode ser arguida a todo o tempo, quer por via de acção quer por via de excepção.

3.2.3 Confirmação

Determina o art. 288º no seu n.º 1 que a *anulabilidade é sanável mediante confirmação*. Portanto, a anulabilidade é, *em princípio, sanável*. Da leitura atenta dos arts. 287º, n.º 1, II parte e 288º facilmente se percebe que os negócios anuláveis podem ser sanados, quer porque a pessoa ou as pessoas a quem pertence o direito de o anular *deixam transcorrer um certo lapso de tempo sem exercitarem esse mesmo direito* (art. 287º, n.º 1, II parte), quer porque essa ou essas pessoas confirmam o mesmo negócio,

⁴⁰¹ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, Ob. Cit., p., 106.

isto é, *declarem considera-lo sanado*. Portanto, como vemos, é o decurso de um prazo e a confirmação, *as formas mais importantes de sanção dos negócios anuláveis e as únicas a que a lei se refere de um modo genérico*⁴⁰²).

Assim, claro se torna que no que concerne aos negócios anuláveis vigora o *princípio da anulabilidade*. Nota RUI DE ALARCÃO⁴⁰³ que é neste tipo de negócios anuláveis que a *ideia de conservação da actividade negocial* mais se evidencia, considerando que a *«tendência da anulabilidade para a convalescença»* é *prova flagrante* dessa ideia de preservação.

Em resumo podemos dizer com JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁴⁰⁴ que a convalidação apresenta-se *como um dos dois modos de convalidação do negócio jurídico anulável, a par do decurso do prazo de anulação sem que esta seja requerida* (art. 287º, n.º 1). Através da confirmação a anulabilidade do negócio jurídico fica sanada, *extinguindo-se o direito a requerer a anulação do mesmo*. Para o Autor, o acto de confirmação surge como uma *verdadeira renúncia ao direito de anulação do negócio jurídico anulável*. *Este até aí anulável, deixa de o ser, assentando definitivamente os seus efeitos*. Deste modo, a lei determina que a confirmação apenas é válida – portanto, eficaz – se for em momento posterior à cessação do vício, *ao conhecimento deste pelo declarante, assim como do direito à anulação do negócio jurídico*.

Nos termos do art. 224º, n.º 1 a confirmação age por meio de uma declaração negocial, tornando-se eficaz logo que chegue ao poder do destinatário ou dele seja conhecida. Tal declaração pode ser expressa ou tácita, atendendo à *regra da liberdade declarativa* constante do art. 217º.

A confirmação tem como efeito a convalidação do negócio jurídico desde o seu início, sendo que a sua eficácia, é assim, retroactiva, aplicável quer às partes do negócio jurídico quer aplicável a terceiros.

⁴⁰² RUI DE ALARCÃO, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, Ob. Cit., p., 71.

⁴⁰³ *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, Ob. Cit., p., 73.

⁴⁰⁴ Ob. Cit., p., 106 e 107.

3.2.4 Efeito anulatório

RUI DE ALARCÃO⁽⁴⁰⁵⁾ no que a este tema respeita, começa logo por argumentar que sobre a consequência ou o resultado da arguição da anulabilidade, portanto, do efeito da anulação – a nossa atenção deve recair sobre o art. 289º, n.º 1. Afirma-se aí que a anulação tem *efeito retroactivo*. Efeito retroactivo quer significar, nos termos da lei, que tido o negócio como anulado, *a produção dos seus efeitos se tem por excluída abinício, desde a origem do mesmo, ou seja, em regra, desde a sua formação, e não relativamente à data da declaração anulatória judicial ou extrajudicial – essa exclusão verifica-se, por conseguinte, ex tunc e não ex nunc.*

Como por nós já ficou dito, o negócio jurídico é inválido se aquando da sua celebração não se observar o cumprimento de algum ou de alguns dos requisitos exigidos pela lei para a sua validade. Quando o n.º 1 do art. 289º menciona o efeito retroactivo quer com este significar que a invalidade do negócio se reporta ao momento da celebração do negócio jurídico. Ora se assim é, admitimos que tudo o que tiver sido prestado em cumprimento do negócio jurídico deve ser devolvido. Assim, o n.º 1 do art. 289º estipula a restituição *de tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.*

Desta forma, deve o vendedor restituir ao comprador o preço e deve o comprador restituir ao vendedor a coisa vendida; na eventualidade de a ter perdido, deve o mesmo restituir o seu valor; no contrato de arrendamento, por exemplo, o arrendatário restitui a coisa locada e o senhorio, claro está, restitui as rendas.

Entende JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁽⁴⁰⁶⁾ que a *obrigação de restituição funda-se no regime próprio da invalidade negocial, não representando qualquer afluência do enriquecimento sem causa, cuja aplicação, aliás, impede.*

Porém, e como muito bem observa o Autor supra referido, a restituição do que foi prestado pelas partes não é assim tão simples quanto se pensa. Imaginemos na hipótese de o comprador efectuar melhoramentos na coisa comprada, ou então, na hipótese de o arrendatário que teve o gozo da coisa até à data da sua devolução ter realizado obras no imóvel. Será que destas situações não poderá resultar o risco de uma das partes ser beneficiária de certa vantagem patrimonial?

⁴⁰⁵ A Confirmação dos Negócios Anuláveis, Ob. Cit., p., 74.

⁴⁰⁶ Ob. Cit., p., 108.

Afirma JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁽⁴⁰⁷⁾ que o n.º 3 do mesmo artigo vem de certa forma *complementar o regime do n.º 1 e permite resolver alguns dos seus problemas*. Assim dos problemas que a *restituição em singelo* pode gerar para uma das partes, nomeadamente através do *enriquecimento de uma delas*.

Desta feita, o n.º 3 do art. 289º remete-nos para o regime estipulado nos arts. 1269º a 1275º, que segundo o Autor acima citado, deve ainda acrescentar-se a este regime indicado pelo n.º 3, o regime da acessão ou da usucapião.

Assim, determina o art. 1269º que *o possuidor de boa-fé só responde pela perda ou deterioração da coisa se tiver procedido com culpa*. Logo a seguir acrescenta o art. 1270º que *o possuidor de boa fé faz seus os frutos naturais percebidos até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem*, ou seja, até ao momento em que souber que o negócio é anulado ou declarado nulo, sendo que os arts. 1273º, n.º 1 e 1275º, n.º 1 nos esclarecem que quer o possuidor de boa-fé quer o de má-fé *têm direito a ser indemnizados das benfeitorias necessárias que hajam feito*, devendo também nos termos do art. 1272º suportar os encargos com a coisa – de que são exemplo, os impostos – na proporção do seu direito aos frutos.

Sendo possuidor de má-fé deve, nos termos do regime estabelecido no art. 1271º, *restituir os frutos que a coisa produziu até ao termo da posse e responde, além disso, pelo valor daqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido*, tem direito, como dissemos acima, e nos termos do art. 1273º, n.º 1 a ser indemnizado pelas benfeitorias necessárias e úteis que haja realizado, perdendo, nos termos do art. 1275º, as benfeitorias voluptuárias.

Acrescenta JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁽⁴⁰⁸⁾ que poderá ter aqui lugar o regime do enriquecimento sem causa, tendo por fim *remover o incremento patrimonial que não ficou resolvido pela aplicação do n.º 3 do art. 289º*.

4. O regime da anulabilidade do artigo 877º do Código Civil

Sabemos que o n.º 1 do art. 877º proíbe a venda de pais a filhos ou de avós a netos se os outros filhos ou netos não consentirem na venda.

E se a venda vier a ser realizada sem consentimento dos restantes filhos ou netos?

⁴⁰⁷ Ob. Cit., p., 109.

⁴⁰⁸ Ob. Cit., p., 110.

Refere, a este propósito, o Ac. do TRP de 27.09.2011⁽⁴⁰⁹⁾ que se, *porém, a venda vier a ser efectuada não é nula, mas tão só anulável, podendo essa anulação, conforme flui do n.º 2 desta mesma disposição legal, ser pedida pelos filhos ou netos que não deram o seu consentimento, dentro do prazo de um ano a contar do conhecimento da celebração do contrato, ou do termo da incapacidade, se forem incapazes.*

Assim, nos termos expostos, facilmente se percebe que a venda em transgressão do preceituado pelo n.º 1 do art. 877º é sancionada com a anulação, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal e sanável mediante confirmação, nos termos gerais do art. 288º.

No que concerne à legitimidade para interpor a correspondente acção judicial de anulação ela pertence, nos termos do n.º 2 do art. 877º, aos filhos e aos netos que não prestaram o seu consentimento na venda. Atenta MARTA G. PINTO⁽⁴¹⁰⁾ que não se torna necessário a intervenção dos cônjuges dos descendentes *que arguem a anulabilidade, pois este não é um caso de litisconsórcio necessário.* Verdadeiramente, continua a Autora, *devem ser propostas por ambos os cônjuges as acções de que possa advir a perda ou a oneração de bens que só por ambos podem ser consentidas, como resulta da conjugação dos artigos 28º A C.P.C e 1682º, 1682º A, 1682º B e 1683º n.º 2.*

Parece que a nenhum destes casos apontados se reconduz a nossa acção de anulação da venda de que trata o art. 877º n.º 1, *até porque, em caso de procedência, o efeito da mesma será o regresso da propriedade à titularidade do alienante e a restituição de tudo o que houver sido prestado (artigos 289º, n.º 1 e 290º), em nada se modificando o património do autor da acção*⁽⁴¹¹⁾.

Nota importante é que os filhos e os netos dispõem do prazo de um ano (n.º 2) a contar do conhecimento da celebração do contrato ou a contar do termo da incapacidade para os filhos ou netos incapazes.

Sobre este assunto e ao que ao n.º 2 do art. 877º respeita podemos chamar aqui o Ac. do TRC de 06.09.2011⁽⁴¹²⁾ que explícita de forma bastante clara toda esta situação, não só a que tratamos neste específico capítulo IV, mas a que foi tratada e abordada ao longo de praticamente toda a tese. Passamos a expor, e de modo muito sucinto, os factos e a analisá-los:

⁴⁰⁹ Acórdão do TRP de 27.09.2011, citado na NR n.º 258 na p., 100 deste trabalho.

⁴¹⁰ Ob. Cit., p., 26.

⁴¹¹ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 26.

⁴¹² Acórdão inédito do TRC de 06.09.2011.

Bela (nome fictício) requereu ao Tribunal que fosse *decretada a anulação da venda celebrada em 1994* entre o seu pai e a esposa deste (António e Maria – nomes fictícios) e os compradores Manuel e Joaquim (nomes fictícios), seus irmãos, *procedendo-se ao cancelamento dos respectivos registos.*

Bela é *filha de António e irmã paterna dos réus Manuel e Joaquim. O pai faleceu em 31 de Julho de 2007 no estado de casado com a ré Maria. Em 1994 o pai de Bela e sua mulher Maria venderam aos filhos de ambos Manuel e Joaquim um imóvel que sempre continuou a ser o da sua residência.*

Acrescentamos ainda que Bela nasceu a 13 de Maio de 1985; É filha de António. António tem ainda dois filhos do seu casamento com Maria, Manuel e Joaquim.

António falece em 31 de Julho de 2007.

Por escritura pública outorgada em 16 de Dezembro de 1994, António e Maria declaram que vendem a Manuel e António, seus únicos filhos a casa de habitação, com anexo e logradouro.

Os réus repudiaram a herança aberta por óbito de António.

Ora disto exposto surge-nos a seguinte pergunta: Então e o consentimento de Bela na venda?

Bela não prestou o seu consentimento na referida venda. Outra pergunta se nos impõe: e porque não deu Bela o seu consentimento?

Afirmam os irmãos Manuel e Joaquim em Tribunal que desconheciam a existência de Bela.

Por seu lado, afirma em Tribunal um ex-colega de trabalho do pai de Bela que se sabia e constava que António *tinha uma filha fora do casamento.* Ademais, a mãe de Bela era até funcionária da fábrica de António, sendo que a mesma *até lhe chegou a entregar Bela.*

Garante ainda, por seu turno, a mãe de Bela que *chegou a viajar no carro do pai de Bela juntamente com o filho deste, Joaquim, que falava com este e que lhe contou a existência da irmã.* Se mais dúvidas restassem, a progenitora de Bela, declara ainda em Tribunal que Maria esposa de António e o outro filho do casal, Manuel, *também souberam da existência de Bela, porque a dada altura a progenitora de Bela decidiu entrega-la ao pai, António, para que ele cuidasse dela.* Nesta época António terá levado Bela para sua casa para viver juntamente com Maria, Manuel e Joaquim. Acredita a

progenitora que nesta altura em que Bela terá ido viver para casa de António, seu pai, o seu irmão Joaquim teria já cerca de 20 anos.

Desta feita, para o Tribunal até se mostra como *aceitável e compreensível que um assunto destes não fosse objecto de conversas quotidianas na família*. Todavia, no que concerne à ré Maria, o mesmo já não se torna aceitável, *razoável* ou sequer *expectável*; não parece ao tribunal que por força da idade dos dois irmãos (idade adulta) *nunca viesse a saber, através do pai ou por outra fonte, da existência de uma irmã paterna*. Sustenta ainda o Tribunal, e na linha deste pensamento, que aquando do nascimento de Bela o seu irmão Joaquim atingia já a idade de *19 anos*, não se mostrando muito fácil esconder a um jovem *as coisas que constavam e que as outras pessoas à volta sabiam*.

No que respeita à versão dos dois irmãos – desconheciam a existência de Bela - o tribunal assevera que os irmãos *não fizeram prova alguma, convincente e segura dos factos por si alegados*. Além do mais, os depoimentos das testemunhas por si arroladas *são vagos, genéricos e pouco fundados*.

Neste sentido e atendendo ao facto de Bela não ter prestado o seu consentimento na venda nem ter sido consultada para tal, o que pode ela fazer?

Claro fica que Bela desconhecia a venda efectuada pelo seu ascendente aos seus irmãos, Joaquim e Manuel. Desta forma, não prestou o seu consentimento na referida venda. Bela pode então lançar mão do art. 877º para impugnar a referida venda. É de todo cabível o recurso ao art. 877º nesta situação. Portanto, nos termos do n.º 1 do referido artigo, o seu pai, António, vendeu aos dois filhos e seus irmãos paternos, Manuel e Joaquim, um bem imóvel, sem que Bela, sua descendente, tivesse dado o consentimento na respectiva venda. Não restam dúvidas aqui que Bela saíra bastante prejudicada com esta venda efectuada por seu pai a seus irmãos. Bela já não dispõe de qualquer património do pai que possa também vir a ser beneficiária, sendo que é legítima herdeira do mesmo.

Ponto assente é também o facto de Bela ter atingido a maioridade em Maio de 2003 e ter tido conhecimento do negócio, diz-se na acção pelos réus (seus irmãos), muito antes de 2007 (ano de falecimento do seu pai), mas só instaurou a acção em 17 de Setembro de 2008.

Ora, perante tais circunstâncias surge-nos as seguintes perguntas: 1) Não terá o direito de Bela em intentar uma acção caducado?

Recaindo ainda a nossa atenção sobre o art. 877º vemos que o seu n.º 2 determina que a legitimidade para intentar a correspondente acção de anulação é conferida aos filhos, mas *dentro do prazo de um ano a contar do conhecimento da celebração do contrato, ou do termo da incapacidade, se forem incapazes.*

Se bem nos recordamos ainda, o art. 287º estabelece que a acção de anulação deve ser intentada no prazo de um ano a contar do conhecimento do vício que declina o negócio, e atentos aos factos exposto, realisticamente este prazo já se encontra há muito ultrapassado (Bela atinge a maioridade em 2003 e apenas intenta a acção de anulação em 2008).

Neste ponto específico entendeu o Tribunal, que era aos réus a quem incumbia provar que a autora tinha *tido conhecimento do negócio à mais de um ano antes de instaurar a acção*, sendo que era a eles que lhes incumbia fazer prova da meteria de excepção.

Como não o fizeram o Tribunal deu por improcedente este ponto invocado pelos réus, portanto, não entende o Tribunal que, perante as circunstâncias, que o direito de invocação da anulabilidade tivesse caducado, nos termos do art. 287º, por ter decorrido mais de um ano do conhecimento da autora do vício de que o negócio padecia.

Neste contexto, decidiu o Tribunal anular a venda celebrada em 1994 entre os vendedores António e Maria e os compradores Manuel e Joaquim determinando ainda o cancelamento da inscrição no registo das aludidas transmissões.

CAPÍTULO V

PRESPECTIVA CRÍTICA

Sumário: 1. Breves considerações. 2. Críticas ao artigo 877º do Código Civil.

1. Breves considerações

Ao iniciar a nossa intervenção neste painel, será de extrema importância referir que vivemos intensamente estes meses de preparação e elaboração do presente trabalho, por isso, as nossas primeiras palavras são, necessariamente, para agradecer a circunstância de ter tido o privilégio de os viver.

É impossível resumir neste curto espaço tudo aquilo que para nós representou a elaboração desta tese, que foi feita de medidas e objectivos concretos e calendarizados e que se estendeu por, praticamente, um ano. No nosso caso – por que não se tratou de vagas e consensuais experiências e ideias gerais – resumir seria trair.

De qualquer forma, há que resumir. E acima de tudo, a nossa tese é resumível pela ideia-força que permaneceu durante todo o tempo da sua elaboração/redacção.

Todavia, convém e, antes de mais, realçar que a presente tese não pretende servir como panaceia ou fórmula simplificada de solução para um problema por todos sentido, mas que não tem respostas óbvias e fáceis. Dela, não sairá, qual Minerva, uma milagrosa hipótese de resolver um problema. Mais realisticamente, é tão simplesmente um contributo para desencadear um processo de reflexão acrescido sobre o art. 877º e, sobretudo, para que a população estudantil, onde estamos inseridas e para quem, principalmente, se dirige, nela eventualmente encontre ideias que lhe possam ser úteis e seja a mesma um contribuir para a concretização dos objectivos inerentes a uma dada sociedade.

Os objectivos traçados para este trabalho aquando da elaboração do Projecto de Tese fez-me optar por tentativas de erudição ou até de levantamento ao detalhe da situação factual que esta na base da necessidade de sobre o problema se reflectir.

O meu único propósito neste Capítulo é fazer aqui um relato: do que hoje penso e sinto como membro desta tribo judiciária.

Por isso, o presente escrito tem um tema e um pretexto. O tema são certas ideias confusas que, cada vez mais, se difundem entre nós acerca do que deva ser entendido como proibição de venda a filhos ou a netos, portanto do art. 877º; O pretexto, por sua vez, é a lei em que essas ideias confusas se manifestam de modo particularmente explícito, criando receios de que a partir delas se enraízem os consuetos processos domésticos que fazem com que as boas coisas desapareçam facilmente, enquanto os erros se perpetuam e se reproduzem por si próprios.

2. Críticas ao artigo 877º do Código Civil

Como se sabe, qualquer sociedade organizada possui uma cultura judiciária. Dessa cultura emanam necessariamente leis jurídicas. O príncipe, o Estado, não existe sem a afirmação, realizável ou não, da Justiça. E identificamos este cimento como forte linguagem que é, a cada passo. Desde logo um saber; que vem da resolução dos conflitos, dos Tribunais, da jurisprudência, da evolução do pensamento humano, que as escolas souberam guardar, aperfeiçoar e transmitir e da cultura de cada país.

Logo, e como já amplamente ficou dito e redito, o art. 877º apresenta-se como resultado da cultura jurídica do nosso país.

Podemos considerar que, de certa forma, tal art. 877º, é em si mesmo um artigo que comporta um tema polémico. Prova disso, e como justificação do que acabamos de dizer, chama-mos aqui GALVÃO TELES⁽⁴¹³⁾ que afirma que o art. 877º é *violento ao dificultar a celebração de um contrato só porque pode existir o perigo de ele ser simulado*. Para o Autor, o art. 877º configura uma *grave restrição à liberdade contratual, susceptível de inutilizar operações perfeitamente sérias e úteis*. Por isso, conclui, *melhor fora que tivesse abandonado essa «velharia» herdada das Ordenações (...) deixando aos interessados o cuidado de recorrer aos meios repressivos, se fosse caso disso*.

Mas Galvão Teles não é, por certo, o único a tecer críticas ao artigo. Assim, encontra-mos também na obra de MARTA G. PINTO⁽⁴¹⁴⁾ críticas ao respectivo art.

⁴¹³ “Venda a Descendentes...” Ob. Cit., p., 521 e ss.

⁴¹⁴ Ob. Cit., p., 34.

877º. No entender da Autora, o art. 877º deveria *ser suprido* do CC, na medida em que *contende com um dos princípios fundamentais de direito privado*. Além disso, sustenta ainda, que a *ratio que justifica esta proibição e os valores que a proibição pretende acautelar já se encontram suficientemente tutelados por outros institutos, como a simulação, a colação e a redução por inoficiosidade*; Assim e, deste modo, conclui a Autora, *não se encontra, neste caso, justificação bastante para o cercear da liberdade contratual, princípio fundamental*.

No que concerne à referência a outros institutos consagrados pela lei civil, GALVÃO TELES⁽⁴¹⁵⁾ afirma que se o receio do art. 877º é evitar a prática de simulação e, se de facto esta ocorrer, *os prejudicados nem por isso ficariam desarmados, porque sempre teriam a possibilidade de a arguir em juízo, nos termos gerais*.

É importante ter consciência que o art. 877º pode, de facto, limitar uma venda onde os sujeitos expressam verdadeiramente a sua vontade aquando da celebração do negócio jurídico da compra e venda. MARTA G. PINTO⁽⁴¹⁶⁾ por referência a Guilherme Moreira, observa que *“declarar em princípio que um contrato é nulo pelo receio que haja simulação não se nos afigura jurídico”*.

Posto isto, pode até considerar-se que devido à consagração pelo nosso Código Civil do art. 877º, o princípio da autonomia privada – que, como todos bem sabem é assumido pelo nosso ordenamento jurídico como um dos princípios fundamentais do Direito Privado – não recebe, entre nós, a atenção que bem merece.

Todavia, e como também se afigura como sendo do conhecimento geral, o Direito deve ter por objectivo proteger e realizar os interesses de cada sujeito, por isso, é perfeitamente concebível que o Direito limite a autonomia privada em prol da defesa da ordem pública e dos bons costumes.

Desta feita, e contrariamente ao assumido por MARTA G. PINTO⁽⁴¹⁷⁾ que assevera que a *proibição contante do art. 877º contraria os interesses gerais do comércio, pois a necessidade de obter consentimento ou de conseguir o suprimento do mesmo importa atrasos, os quais acarretam incómodos, prejuízos e até o eventual*

⁴¹⁵ “*Venda a Descendentes...*” Ob. Cit., p., 521.

⁴¹⁶ Ob. Cit., p., 27.

⁴¹⁷ Ob. Cit., p., 27.

sacrifício da oportunidade de operação; nós assumimos e encaramos esta circunstância de diferente modo.

Sobre este assunto é importante e, antes de mais, ser racionalista e assumir que a exploração do contrato como um *instrumento social*⁽⁴¹⁸⁾ impõe, necessariamente, que a lei estabeleça limites à autonomia privada, procurando sempre a igualdade material das partes, a protecção dos interesses que estão envolvidos no negócio de compra e venda de ascendente a descendente e, se for caso disso, determinar a intervenção do juiz por forma a proceder a uma revisão do respectivo contrato.

Poderemos dizer que este limite à autonomia privada tende a *reorganizar a unidade do sistema*, assim o exigindo a rápida *mudança social fundada nas complexidades negociais* de hoje em dia⁽⁴¹⁹⁾.

No mundo actual torna-se imprescindível adoptar a teoria negocial às reais exigências socio-cultuais, socio-ecómicas e socio-jurídicas. Por isso, não nos parece e ao contrário do que afirma a Autora supra citada, que o art. 877º venha, de algum modo, obstar aos *interesses gerais do comércio* ou até que as exigências impostas pelo mesmo acarretem *incómodos* e, menos ainda, *prejuízos*.

Para nós, nunca tal artigo teve tanta razão de ser como hoje; em pleno século XXI e em pleno período de imensas dificuldades económicas, de crises sociais, morais e de valores por que a nossa sociedade atravessa, a previsão legal deste artigo é mais que justificada e fundamental na nossa lei civil.

Quer se queira quer não, a limitação à autonomia privada assumida pelo art. 877º é focada, unicamente, na protecção dos interesses do indivíduo.

No nosso entender, este princípio surge e encaixa-se perfeitamente na chamada *Jurisprudência dos Valores*⁽⁴²⁰⁾ em que a vontade dos indivíduos tem de ser reestruturada atendendo aquilo que se pode constituir como sendo a vontade social.

A nosso ver nada melhor que a consagração expressa de um artigo que proibia expressamente – e passo a redundância – da venda de pais a filhos e de avós a netos, sem o consentimento dos demais filhos ou dos demais netos.

Com esta consagração legal expressa, traduzida no art. 877º, o sujeito sabe que está suficientemente protegido no que ao contexto jurídico negocial respeita, na

⁴¹⁸ JUSSARA SUZI ASSIS BORGES N. FERREIRA, “*Teoria Crítica do Negócio Jurídico*”, p., 5., disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Jussara_F.pdf

⁴¹⁹ JUSSARA SUZI ASSIS BORGES N. FERREIRA, Ob. Cit., p., 6.

⁴²⁰ JUSSARA SUZI ASSIS BORGES N. FERREIRA, Ob. Cit., p., 7.

eventualidade de o negócio ser efectuado com quem tem grau de parentesco, provocando-lhe assim um estado psicológico favorável.

Ademais, se a venda entre pai e filho ou avó e neto for séria e não judicialmente censurável, não vislumbramos qual o reio de admitir a consagração legal expressa no CC do art. 877º. Se assim suceder – venda séria e não com o intuito de “enganar/defraudar” a lei, através de venda simulada – a autonomia privada permanece, sendo neste sentido permitido às partes contratar, decidir com quem querem contratar e decidirem sobre o objecto e conteúdo do respectivo contrato.

Portanto, como facilmente se depreende o art. 877º não obsta à venda entre pai e filho e avó e neto; a única coisa que o artigo obsta é, isso sim, a venda simulada, em que na verdade o que o pai ou o avô desejam é realizar uma doação simulada de venda, em prejuízo das legítimas dos demais herdeiros.

É certo que o anseio do Estado de Direito na protecção do interesse social – da ordem pública e dos bons costumes – pode chocar, e muitas vezes choca, com a protecção realizável também conferida pelo Estado de Direito ao interesse individual, mas neste caso do art. 877º esta intervenção Estatal entre a venda de pais a filhos e de avós a netos justifica-se pela necessidade de *cobrir os excessos no ambiente negocial familiar*⁽⁴²¹⁾. Quer seja por nós admitido, quer não seja, o certo é que estes excessos no seio familiar existem e são por nós conhecidos, mais não seja através dos meios de comunicação social.

Acreditamos que se esta consagração expressa do art. 877º não constasse do nosso Código Civil, reinaria, entre nós, e no seio do negócio jurídico da compra e venda realizado em ambiente familiar, com familiares, o egoísmo, a manifestação do puro interesse individual, colocando em sério risco a paz social e o bem individual.

Dada a importância da preservação destes valores morais e sociais, justifica-se a expressa consagração legal desta matéria – venda de ascendente a descendente - num artigo totalmente individualizado e autónomo, que assume por completo a necessidade da tutela de todos estes valores, filtrando o equilíbrio dos ideais estabelecidos pelo ordenamento jurídico com a igualdade material dos sujeitos.

Portanto, afirmamos que o art. 877º, ao contrário do que possamos pensar, promove a *intervenção na ordem económica e social*, ao passo que, valoriza a igualdade, através da limitação da autonomia privada tendo em vista a socialização dos

⁴²¹ JUSSARA SUZI ASSIS BORGES N. FERREIRA, Ob. Cit., p., 10.

contratos e proibindo o recurso a contratos que nada mais nada menos desencadeiam a *exploração dos contraentes mais frágeis*⁽⁴²²⁾, que neste caso, poderíamos assumir como os restantes descendentes que com o negócio de compra e venda possam ficar afectados.

O art. 877º é vital no reencontro do equilíbrio e da justiça contratual e, consequentemente, é também vital no reencontro do equilíbrio e da justiça familiar e pessoal.

Por algum motivo, entendemos, manteve o legislador a consagração legal do “velho e instigante” art. 877º no nosso CC. A única razão por nós encontrada para tal atitude do legislador, será aquela que é atinente à própria existência do Direito Civil. Assim, temos um Direito Civil que visa *proteger os interesses e as relações jurídicas de natureza privada, desenvolvido em torno do reconhecimento de uma esfera individual de soberania, cujas principais manifestações são, a liberdade com referência à pessoa; a propriedade, com referência aos bens e, o contrato, com referência à actividade económica dos indivíduos*⁽⁴²³⁾.

Ora, a nosso ver o art. 877º cumpre na íntegra estas funções; se o negócio jurídico da compra e venda realizado entre ascendente e descendente for concretizado seguindo os tramites legais, nada há a temer e, por isso, ao ascendente é-lhe conferido pela lei civil o *poder particular de criar relações jurídicas, de regular juridicamente essas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidas*⁽⁴²⁴⁾.

Assim, cremos que em nada o art. 877º limita ou constitui entrave à autodeterminação dos indivíduos, nem à sua manifestação de vontade. Ousaríamos até dizer que tal art. 877º constitui para muitos sujeitos uma orientação no seu caminho conduzindo-os àquilo que verdadeiramente são os princípios e os valores ético-morais. Ninguém dúvida que hoje, mais que nunca, encontramos-nos inseridos numa sociedade que quer parecer desconhecer ou descorar das suas obrigações e *das regras morais que formam a mentalidade de um indivíduo* e, por conseguinte, de uma Nação *e que se exprimem em princípios jurídicos como o da lealdade contratual*⁽⁴²⁵⁾, por exemplo.

O mundo é incerto, extramente mutável e os desafios e problemas que se nos colocam são constantes, mais ainda quando estes desafios e problemas são transponíveis para o campo jurídico em que, como sabemos, não é o mundo jurídico passível de

⁴²² JUSSARA SUZI ASSIS BORGES N. FERREIRA, Ob. Cit., p., 14.

⁴²³ FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, “*Autonomia Privada*”, disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>

⁴²⁴ FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, Ob. Cit., p., 3.

⁴²⁵ FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, Ob. Cit., p., 4.

soluções imediatas, entendimentos únicos e opiniões semelhantes. No mundo jurídico, tudo diverge e, ao mesmo tempo, tudo converge.

Importante será notar e ter presente que não é só nos códigos e nos livros que o Direito está; o que se torna necessário, e muito para além da estatuição legal e da interpretação do art. 877º que encontramos no CC, é que o Direito seja reconhecido *através da igualdade material e da justiça social*.

As limitações à autonomia da vontade contidas no art. 877º justificam-se assim como *limitações legais que buscam assegurar o valor da justiça e da igualdade, bem como o do personalismo ético*⁽⁴²⁶⁾.

Mas, continuando na senda das críticas apontadas ao art. 877º socorremo-nos, novamente, de MARTA G. PINTO⁽⁴²⁷⁾ que, por referência a Pinto Monteiro nos apresenta mais um aspecto negativo que o art. 877º encerra. Assim, diz a Autora, o art. 877º pode, ser usado como um *meio de vingança camuflada, permitindo que o descendente, por motivos puramente egoísticos recuse o seu consentimento*.

De facto, é inegável que a existência deste fundamento parece ter razão de ser. Poderá ser natural que um filho recuse o seu consentimento se eventualmente se quiser vingar dos pais ou dos irmãos. E este desejo de vingança de um filho para com seus pais ou irmãos pode acontecer pelas mais diversas razões, como sejam o facto de sentir que foi prejudicado na educação que teve comparativamente aos seus irmãos, nas oportunidades que os pais lhe ou não lhe ofereceram, na formação académica e profissional e pelos mais diversos motivos.

Certamente estaremos aqui num campo da ciência que já não nos pertence, mas o certo é que existem estudos⁽⁴²⁸⁾ que demonstram ou comprovam que certos pais têm manifesta preferência por certo filho/a, daí que uns sejam mais privilegiados, se assim podemos dizer e, outros, mais negligenciados.

Aquando da prestação do consentimento para a realização do negócio jurídico da compra e venda, pode o seu estado psicológico não consentir que o mesmo seja prestado.

⁴²⁶ FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, Ob. Cit., p., 7.

⁴²⁷ Ob. Cit., p., 28.

⁴²⁸ A Revista VISÃO de publicação semanal de 15-12-2011, apresenta um estudo bastante interessante no que a este tema concerne, intitulado, precisamente, “*O meu filho preferido*”. Tal estudo visa explicar a ciência do favoritismo e garante que todos os pais têm maior inclinação para um dos seus filhos, embora nunca o assumam.

Desta forma, e nesta óptica, temos realisticamente que admitir que fazendo o art. 877º depender do consentimento de terceiros a realização do contrato de compra e venda, o artigo em questão, pelas exigências que faz, poderá limitar, ainda sem o querer e sem o saber, e por motivos egoísticos, uma venda perfeitamente válida.

Como já nos capítulos anteriores ficou bem claro, o escopo do art. 877º consiste em evitar uma simulação cuja prova se afigura muito difícil, de uma doação *encapotada* de venda, tendo por fim proteger a legítima dos descendentes, presumíveis herdeiros legitimários do vendedor.

A pergunta que neste momento se nos afigura é a seguinte: a prevenção de uma doação dissimulada de pai para filho ou de avô para neto que o art.877º visa evitar, objectivando, principalmente, proteger a legítima dos presumíveis herdeiros legitimários, justificará só por si esta restrição? Ou melhor, será que dizer que o art.877º encontra o seu fundamento e a sua razão de ser em prol da defesa dos interesses públicos e dos bons costumes, justifica a limitação constante neste artigo ao princípio da autonomia privada?

A resposta não é obviamente de fácil alcance.

MARTA G. PINTO⁽⁴²⁹⁾ em resposta a estas questões, começa por nos dizer que o negócio da doação de ascendente a descendente que o art.877º pretende *obstar*, *não é um negócio proibido*. Para a Autora, o art. 948º, n.º 1 atesta a validade do que se acabou de dizer. Assim dispõe tal artigo no seu n.º 1 que *têm capacidade para fazer doações todos os que podem contratar e dispor dos seus bens*; esta capacidade é aferida nos termos gerais do art.67º. Da conjugação destes dois preceitos, a Autora é levada a concluir que *não sendo o ascendente menor, interdito ou inabilitado, casos de incapacidade previstos no CC, terá que se lhe reconhecer capacidade para doar*. O art. 950º, n.º 1 trata da capacidade para receber doações. Estabelece tal preceito que *podem receber doações todos os que não estão especialmente inibidos de as aceitar por disposição da lei*.

Além da verificação exigida da capacidade para fazer ou receber doações, constante dos preceitos acima indicados, é exigível ainda um segundo requisito que se baseia no facto de *não estarmos perante um caso de indisponibilidade relativa, em que*

⁴²⁹ Ob. Cit., p., 30.

o doador não pode dispor naquele sentido e o destinatário está inibido de aceitar, são os casos elencados nos arts. 2192º a 2198º ex vi art. 953º.

No entender da Autora supra citada e, após análise atenta dos normativos legais acima referidos, não encontramos nenhum *normativo a incluir a doação entre ascendente e descendente; pelo contrário esse negócio é expressamente declarado válido, mesmo quando se reconduza a um dos casos por regra considerados como indisponibilidade (arts. 2192, n.º 3 e 2195º, al. a).* Deste modo, conclui, *a doação não só não é proibida, como é mesmo permitida até em casos típicos de indisponibilidade relativa, em que a nulidade é afastada pela qualidade das partes, isto é, por ser a favor de descendente.*

Assim sendo, refere ainda, temos que *o art. 877º pretende impedir, portanto, um negócio permitido pelo CC.*

Como também já ficou dito e esclarecido, a simulação resulta de *conluio* entre as partes com vista à realização de um negócio jurídico de compra e venda que não corresponde à sua vontade real; simplesmente fazem o negócio com vista a enganar terceiros. Se assim suceder, e como bem sabemos, estaremos perante um *caso de desconformidade entre a vontade declarada e a vontade real*⁽⁴³⁰⁾.

O art. 877º configura o exemplo típico de negócio simulado, tratando-se de uma simulação relativa, uma vez que é desejo das partes realizarem uma doação, mas para tanto declaram, antes, realizar um *negócio diferente* – declaram realizar um negócio de compra e venda. Assegura MARTA G. PINTO⁽⁴³¹⁾ que este esquema de negócio comporta as seguintes características: em primeiro, *teríamos um acordo simulatório* no qual as partes organizam toda a simulação; segundo *teríamos o acordo simulado* portanto, traduzido na compra e venda e; por último *teríamos o acordo dissimulado*, isto é, a doação.

Posto isto, afirmar a Autora, o nosso CC confere ao contrato dissimulado o mesmo tratamento que a *lei italiana*, sendo assim, considerado como *um negócio autónomo e independente do negócio simulado, pelo que nos termos erigidos no art. 241º, n.º 1, o negócio dissimulado é válido desde que reúna os requisitos legais para ele estabelecidos.*

⁴³⁰ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 30.

⁴³¹ Ob. Cit., p., 31.

Não se faz depender de condicionalismos próprios a doação para que possa ser considerada válida, apenas, como vimos, é preciso ter capacidade passiva e activa e, em certos casos, é exigível forma, dispondo o art. 947º, n.º 1 que *a doação de coisas móveis só é válida se for celebrada por escritura pública ou por documento particular autenticado*. Acrescenta o seu n.º 2 que *a doação de coisas móveis não depende de formalidade alguma externa, quando acompanhada de tradição da coisa doada; não sendo acompanhada de tradição da coisa, só pode ser feita por escrito*. Como consideramos, a venda de bens imóveis é disciplinada pelo art. 875º no que concerne à forma e, o mesmo declara também que *o contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado*.

Logo, efectuadas estas considerações, MARTA G. PINTO⁽⁴³²⁾ considera que a doação enquanto negócio dissimulado que o art. 877º visa evitar, *só não seria válida se, não havendo tradição da coisa móvel, a venda simulada não tivesse sido reduzida a escrito; nos demais casos, a validade da venda simulada importava a reunião dos condicionalismos de que depende a validade da doação*.

Nesse caso, para a Autora em questão, o que o art. 877º faz é impedir a realização, *através de uma venda simulada, de contrato permitido pela lei civil. Ou seja, visa-se impedir uma doação dissimulada quando a validade desta, nos termos gerais do regime da simulação, não resulta sequer afectada pela nulidade da venda simulada*.

Nestes termos, atendendo a MARTA G. PINTO⁽⁴³³⁾ parece ser contraditório e inconcebível que o legislador autorize a *realização de um negócio gratuito entre ascendente e descendente, sem sequer o sujeitar a condicionalismos adicionais aos exigidos para qualquer doação, e não permite a livre venda entre essas mesmas partes*. Continua a Autora, *isto apesar de a doação, enquanto contrato gratuito, acarretar necessariamente prejuízo para o património do ascendente, ao passo que na venda tal não acontece em virtude do seu carácter oneroso e tendencialmente comutativo*.

Outra resposta cabível que poderá ser dada às perguntas anteriormente formuladas será a protecção da legítima dos presumíveis herdeiros legitimários. Como bem se sabe – e já deles falámos ao longo de todo o extenso Capítulo III no seu ponto 2 – existem no

⁴³² Ob. Cit., p., 31.

⁴³³ Ob. Cit., p., 31.

nosso CC outros meios de tutela da legítima, nomeadamente a colação e a redução por inoficiosidade.

Como óbvio se torna, não nos vamos prender com grandes definições ou explanações de conceitos no que à colação e à redução por inoficiosidade respeita. Tal, já foi feito no Capítulo III. Todavia, diremos apenas aquilo que nos afigura como necessário à completa elaboração deste Capítulo.

Já anteriormente havia sido admitido por nós (capítulo III, ponto 2) que o instituto da colação pressupõe que o ascendente não quis em vida beneficiar um dos seus descendentes em prejuízo dos demais, considerando-se apenas que a doação em vida a um dos seus descendentes apenas significou uma antecipação *da parte daquele na herança*⁽⁴³⁴⁾.

Dispõe o art. 2105º que *só estão sujeitos à colação os descendentes que eram à data da doação presuntivos herdeiros legitimários do doador*. Determina, por sua vez, o art. 2106º que *pode o descendente escusar-se à colação repudiando a herança e não havendo descendente que o represente*⁽⁴³⁵⁾.

Assim, no direito sucessório as doações aos netos em vida dos filhos do doador *são tidas como doações por conta da quota disponível, podendo quando muito serem reduzidas por inoficiosidade*. Deste modo, verificamos que o direito sucessório permite *até um benefício unilateral deste descendente*; Já no que concerne ao regime vertido no art. 877º este proíbe em relação aos netos *um benefício com vantagens patrimoniais para as duas partes*⁽⁴³⁶⁾.

Além do mais, é permitido pelo direito sucessório, através do seu art. 2113º, que o ascendente beneficie um dos seus descendentes em relação aos demais, pois o mesmo lhe permite, por meio do artigo indicado, a dispensa da doação da colação. Como bem se sabe, refere tal art. 2113º que *a colação pode ser dispensada pelo doador no acto da doação ou posteriormente*. Como limite ao benefício concedido pelo autor da sucessão em sua vida será a legítima dos demais seus descendentes, sendo que nestas circunstâncias a doação pode ser afectada por inoficiosidade.

Sustenta MARTA G. PINTO⁽⁴³⁷⁾ *até o instrumento da colação e, portanto, tido como instrumento da tutela da legítima permite ao autor da sucessão beneficiar, em*

⁴³⁴ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 32.

⁴³⁵ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 32.

⁴³⁶ MARTA G. PINTO, Ob. Cit., p., 32.

⁴³⁷ Ob. Cit., p., 32.

vida, um descendente gratuitamente, verificando apenas no momento da abertura da sucessão se há afectação da legítima ou não.

O art. 2168º admite ainda que *dizem-se inoficiosas as liberalidades, entre vivos ou por morte, que ofendam a legítima dos herdeiros legitimários*, sendo que o art. 2169º, vem completar este entendimento ao estipular que *as liberalidades inoficiosas são redutíveis, a requerimento dos herdeiros legitimários ou dos seus sucessores, em tanto quanto for necessário para que a legítima seja preenchida.*

Ora se assim é, e por todos os argumentos acima expostos, conseguidos através da nossa incursão no direito sucessório e esmiuçando ao máximo o regime estabelecido no art. 877º, verificamos que: as regras do direito sucessório não restringem a *liberdade contratual a qualquer custo, mas apenas se o negócio in concreto afectar a legítima, caso em que se o reduz mas apenas na medida do necessário, ou seja, afectando a vontade do ascendente apenas no mínimo necessário*; já no caso do art. 877º, tal artigo restringe a liberdade contratual *em prol de uma tutela preventiva para um caso menos grave para a legítima que a doação, a qual o CC entende apenas necessitar de tutela no momento da abertura da sucessão e perante comprovada afectação da legítima*⁽⁴³⁸⁾.

Para MARTA G. PINTO⁽⁴³⁹⁾, e como último argumento invocado para a supressão deste art. 877º do CC, é alegada a confusão feita pelo legislador ao *tutelar da mesma forma, isto é, proibindo-as*, a venda entre cônjuges e a venda de ascendente a descendente. No entender da Autora, estamos aqui perante casos *marcadamente distintos*. No primeiro caso – em que a proibição de venda entre cônjuges está consagrada no art. 1714º, n.º 2, com vista a obstar a violação da imutabilidade do regime da separação de bens vigente, nos termos do art. 1714º, n.º 1, e visa também, impedir a dissimulação de uma doação irrevogável, proibida pelo art. 1765º – *há uma violação certa de normativos legais e a prevenção de uma simulação que dissimularia um negócio inválido*; No segundo caso, *há a mera possibilidade de violação e a prevenção de uma simulação que dissimularia um negócio válido*.

Assegura ainda a este propósito MARTA G. PINTO⁽⁴⁴⁰⁾ e, para finalizar, *a venda entre cônjuges importa sempre, por via indirecta, a modificação do regime de bens, já que acarreta a modificação da situação concreta do bem em relação à massa*

⁴³⁸ MARTA G. PINTO, Ob., Cit., p., 33.

⁴³⁹ Ob. Cit., p., 33 e 34.

⁴⁴⁰ Ob. Cit., p., 33.

patrimonial do casal; no que concerne à venda de ascendente a descendente abstractamente considerada não implica nunca prejuízo da legítima, e mesmo a doação dissimulada só a afecta se o seu valor ultrapassar a quota disponível. Determinando o art. 969º que após aceitação da doação entre ascendente e descendente, a mesma é irrevogável.

De toda a argumentação referida MARTA G. PINTO⁽⁴⁴¹⁾ defende a tese de que a consagração legal do art. 877º no CC *não se pauta por motivos de justiça social, pelo que não se pode deixar de considerar uma restrição injustificada à liberdade contratual.*

Para nós e pelo que já nas páginas anteriores deixámos transparecer, somos completamente a favor da consagração expressa do art. 877º no CC. Consideramos que o tema “venda a filhos ou netos” é merecedor o suficiente para configurar numa estatuição legal autónoma no nosso CC. Não concebemos, por isso, que perante situações destas os Tribunais tenham que percorrer o CC em busca de artigos que ao caso concreto se apliquem.

Cremos que este tema não merece estar disperso pelo CC, mas sim existir numa estatuição individualizada como actualmente acontece.

No que respeita aos argumentos finais invocados pela Autora no sentido de justificar a sua opção por banir o art. 877º do CC, para nós eles não procedem. Dizer que o art. 877º *não se pauta por motivos de justiça social*, não é completamente certo, menos ainda, dizer que o art. 877º constitui *uma injustificada restrição à liberdade contratual.*

Já atrás aduzimos bastantes argumentos que deitam por terra o sustentado pela Autora, por isso, e com isso, não nos vamos prender com grandes teorias.

Porém, o certo é que se atentarmos ao conceito de justiça social invocado pela Autora, ele baseia-se na *correção e rectificação de uma situação social, que envolve uma injustiça prévia, que, se mantida, invalidada as condutas justas e os actos individuais de Justiça*⁽⁴⁴²⁾.

Ora, assente isto, até que ponto podemos afirmar que o art. 877º não se pauta por motivos de justiça social?

⁴⁴¹ Ob. Cit., p., 34.

⁴⁴² UBIRATAN BORGES DE MACEDO, *Liberalismo e Justiça Social*, São Paulo, IBRASA Instituição Brasileira de Difusão Cultural, Ltda, 1995, p., 81.

Não visará o art. 877º a pacificação social como os demais artigos do CC? E não será tal artigo uma realização da própria justiça social?

Será que de todo o conteúdo apresentado ao longo dos quatro capítulos extensos desta tese, de todos os conceitos, de todas as definições, de todos os reparos feitos, não resultará que este artigo visa a satisfação da justiça social?

Ainda nos restarão dúvidas?

Penso que não! Não nos parece de todo que o art. 877º constitua um mero artificialismo da ideia de justiça social que lhe subjaz.

A justiça social está vertida na redacção deste art. 877º e isso parece-nos que não podemos negar.

Este art. 877º *incorpora princípios e valores que permitem aferir do carácter justo da lei e do desvalor que confere a certos comportamentos*⁽⁴⁴³⁾. Como diz JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO⁽⁴⁴⁴⁾ *ninguém é justo sozinho*, pois se assim acontecesse seríamos a favor da supressão do art. 877º como norma autónoma; pelo contrário *«vivemos num mundo de injustiça»*⁽⁴⁴⁵⁾. Conhecendo tal realidade, é o princípio da igualdade absorvido pelo art. 877º, cujo um dos seus vértices assenta precisamente no direito à igual distribuição de bens.

Quanto ao argumento invocado pela Autora no que toca ao facto do art. 877º constituir uma *restrição à liberdade contratual*, o mesmo também se encontra desprovido de fundamento. Já nas páginas acima, manifestamos de forma fundamentada o nosso desagrado por tal ideia, todavia diremos apenas e, uma vez mais, que não configura a nosso ver tal artigo restrições à autonomia privada.

Não conseguimos perceber porque a consagração legal do art. 877º comporta para certas pessoas tamanha inquietude.

O art. 877º, repetimos, nada mais é que a intervenção do Estado nos excessos que os indivíduos no uso do seu poder de liberdade podem ser tentados a cometer. Se assim não fosse, o pai ou o avô, doariam sob a forma de negócio jurídico de compra e venda, a filho ou a neto, sendo que o contrato por eles realizado resultaria num prejuízo, até quem sabe, num fracasso para os demais descendentes do doador.

⁴⁴³ JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, “Estado de Direito”, p., 15, disponível em: <http://libertarianismo.org/livros/jjgcoldd.pdf>

⁴⁴⁴ Ob. Cit., p., 15.

⁴⁴⁵ JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, Ob. Cit., p., 15.

Pese embora todos os institutos, que após uma incursão pelo CC vimos existir e aos quais é permitido aos descendentes lançaram mão para fazer valer os seus direitos, não nos parece, que tais institutos consagrados na lei civil confirmam a mesma protecção que este art. 877º visa conferir aos restantes descendentes. Este artigo serve em concreto para isso, através dele limita-se a liberdade contratual para que os demais descendentes vejam corrigidas algumas injustiças que contra eles possam ser efectuadas, nomeadamente no que concerne ao modo de distribuição da riqueza/bens do seu ascendente.

Reafirma-mos, é certo, que o princípio da liberdade contratual sofre, de facto, restrições no art. 877º, mas estas restrições são legítimas, pois têm por fim último conferir protecção à família, harmonizar as relações entre familiares, particularmente no que concerne às relações entre pais e seus descendentes e destes entre si.

A família apresenta-se como o núcleo fundamental para a sustentabilidade de qualquer Estado de Direito, por isso compete ao mesmo preservar a sua identidade e imortalizar esta ideia de família: de que a mesma é um porto seguro para os membros que dela fazem parte e não um seio de dissabores e de desordem. Ela deve permitir a cada membro que a integra a realização dos seus projectos pessoais de felicidade.

Concluimos dizendo apenas que o suprimento ou a falta de consagração do art. 877º tal como se encontra no nosso actual CC, tornaria o fenómeno – venda a filhos ou netos – engessado.

CONCLUSÃO

Ninguém negará, por certo, que o art. 877º é uma norma preventiva e excepcional que visa proteger a legítima dos demais descendentes sempre que a venda de pai para filho ou de avó para neto a afecte, por se tratar de uma venda dissimulada de doação que não respeita os condicionalismos legais.

Há quem sustente que o art. 877º se apresenta como uma “nódoa” – se assim se pode dizer – da autonomia da vontade, portanto, do princípio da liberdade contratual, porque é precisamente o art. 877º que, de forma mais gritante, contende com a própria essência do contrato; existe nele uma diminuição dos poderes, os poderes que no geral a lei reconhece às partes; existe nele uma diminuição dos poderes de *modelar por suas mãos o negócio jurídico que dessas mesmas mãos recebe vida*⁽⁴⁴⁶⁾.

É indiscutível que os contratos são o terreno propício do nascimento, crescimento e afirmação da vontade. Por isso, com frequência se diz que o contrato nasce de um acto de vontade, ou melhor, num acordo de vontades e sendo tais vontades conforme a lei, elas vão-se manifestar e concretizar na existência do contrato.

Em boa verdade, não se pode negar que o art. 877º possa constituir uma «barreira» ao contrato de compra e venda, mas ele só constituirá essa «barreira» se as partes estabelecerem o contrato de compra e venda com intuitos diferentes, usando técnicas e artimanhas diferentes, tendo por fim último defraudar a lei.

A limitação que o art. 877º impõe prende-se com a formação contratual em que é exigido o consentimento dos outros filhos ou netos na venda.

A lei e, mais concretamente, o art. 877º é como que o *justo limite imposto ao uso exterior da liberdade humana em razão da coexistência dos homens (...). Ainda quando a lei limita, contem e refreia, é para dirigir, ajudar e estimular*⁽⁴⁴⁷⁾.

Para nós o art. 877º apresenta-se como uma clara manifestação de que a *lei não se curvará docilmente a todos os caprichos volitivos individuais, antes exercerá sobre as vontades uma função de salvaguarda dos interesses alheios e, por conseguinte, dos interesse social*⁽⁴⁴⁸⁾.

A existência do art. 877º pode parecer de difícil justificação, mas o certo é que ele tem por objectivo impor responsabilidades; existe claramente neste art. 877º um

⁴⁴⁶ JOSÉ H. SARAIVA, *O Problema do Contrato*, LIVRARIA FERNANDO MACHADO, Lisboa, 1950, p. 19.

⁴⁴⁷ JOSÉ H. SARAIVA, Ob. Cit., p., 25 e 26.

⁴⁴⁸ JOSÉ H. SARAIVA, Ob. Cit., p., 26 e 27.

movimento pendular entre a autoridade e a liberdade, mas tal acontece para a rigorosa tutela dos interesses individuais e, por conseguinte, gerais.

Naturalmente, a fisionomia do contrato de compra e venda entre pais e filhos e avós e netos leva a que consideremos que admitida certa hipótese (o consentimento prestado) leve à verificação de certos resultados (venda válida) e leve também à observação dos factos pretendidos pelas partes, demonstrando, neste caso, que o negócio do contrato de compra e venda assume exactamente aquilo que previam – concluir de facto um negócio jurídico de compra e venda e não defraudar a lei.

Se o consentimento não for prestado a hipótese do n.º 2 do art. 877º fica confirmada.

Ora assim sendo, é perfeitamente admissível e indispensável a intervenção do legislador, uma vez que cada pessoa ao exercer a sua actividade contratual atinge todos os outros, tornando-se imprescindível que todos os outros sejam representados por alguém que os defenda e proteja – impondo limites – a essa actividade contratual exercida.

Como se sabe neste nosso caso particular os efeitos do contrato de compra e venda entre pais e filhos e avós e netos não tem efeitos unicamente para eles, intervenientes no mesmo; o acto contratual deles, se não conforme à lei, repercute-se sobre todas quaisquer outras situações, uma vez que cada uma é definida pelas restantes.

Aquele filho ou neto que recebe um bem sob a forma encapotada de venda do pai ou do avô altera o mundo jurídico dos demais descendentes.

Daí entender o legislador estabelecer uma severa (entendida por alguns) disciplina legal para este tipo de negócios, intervindo na sua formação e efeitos e protegendo aqueles que ficaram alheios à sua celebração.

Este trabalho que agora termina caracterizou-se por uma profunda reflexão: nos métodos de trabalho, na imagem que se pretendia que ele espelhasse para o exterior, na procura e no acesso a todas as vias de comunicação consideradas como úteis e imprescindíveis na elaboração do mesmo, na aplicação das recomendações e dos saberes adquiridos ao longo da licenciatura.

De facto, a elaboração desta tese e todo o conjunto de factores e circunstâncias que a caracterizaram, trouxe, entre outras coisas, experiências fascinantes. Acreditamos que a presente tese fomentou em nós objectivos de uma certa renovação, dotando-nos de capacidades e de respostas para os desafios – muitos e complexos – que se nos deparam.

Indo mais além de que um simples trabalho para terminar um curso, propõe-se como um caminho de persistentes experiências, crescimento pessoal e intelectual.

Talvez, constitua a presente dissertação o ponto mais alto e fascinante de todo o nosso percurso académico na Universidade do Minho. Durante este ano – entenda-se, último ano de Mestrado - adquirimos competências e capacidades que nos tornaram aptas a enfrentar vários problemas.

Estou convicta e tenho a consciência e a certeza que foi a relação de confiança que se estabeleceu entre mim e a minha Orientadora de Tese que nos permitiu alcançar resultados que noutras circunstâncias seriam impossíveis.

É certo que a tese deu-nos muita canseira, mas tudo foi superado pela disciplina, pela regra e pela ordem que, desde o início, estabelecemos.

Durante todo este período concedido para a elaboração da mesma, soubemos afirmar certeza, afirmar iniciativa, cumprir obrigações e atribuições. Confessamos que estávamos um pouco longe de supor que fosse preciso tanta tenacidade para levar de vencida as intenções e tanta firmeza para não soçobrar perante algumas dificuldades que se nos deparavam.

E que a alegria e o prazer caldeados nesse esforço e na entajada pudesse proporcionar-nos o sentimento de tranquilidade com que hoje passamos o testemunho.

Pensamos que fomos fiéis à promessa que desde o início fizemos. Empenhámo-nos no limite das nossas capacidades. E, por isso, e com isso, estamos felizes.

O caminho que inicialmente traçamos para o presente estudo, visando que ele fosse independente, forte, porque vivo, e actuante, porque participativo, revelou-se correcto e ajustado.

Com a dissertação de mestrado redescobri-mos o significado de muitas palavras que conhecíamos, mas cujo verdadeiro sentido por vezes nos passava despercebido. Independência, primeiro. Firmeza, depois. Lealdade, também. Solidariedade, ainda. Coerência, a final.

A tese serviu-nos como um bom exemplo de perseverança, coerência, independência, coragem, honestidade intelectual, verticalidade e autenticidade.

Estamos a terminar. Mas não sem antes dizer que tivemos pela frente vários meses de árduo trabalho; tivemos momentos de desânimo e de cansaço, duvidámos por vezes de nós próprias, da bondade das nossas ideias e dos resultados das nossas estratégias. Mas conseguimos. Sabemos que conseguimos. Tanto a nível profissional, mas e

principalmente a nível humano: crescemos, aprendemos a pensar e a encarar as adversidades de uma forma diferente.

Consciente e Honesta. Na conduta pessoal e profissional. Responsável e Cumpridora. Assumir todos os deveres, sempre e em qualquer altura, e prosseguir à concretização dos nossos objectivos. Ser Paciente e Não Desesperar. A conduta do dia-a-dia será sempre a semente dos frutos do êxito pessoal e profissional. Ser Humilde, mas não Submissa. A inexperiência não implica necessariamente inferioridade intelectual ou menoridade de conhecimentos. Agimos com a dignidade respectiva do hábito e com a correspondente aquisição de conhecimentos que a cada um compete. Agarrar a Sorte. Não basta desejar a sorte, é preciso trabalhar ao máximo para se depender o menos dela, sobretudo no Juízo Final!

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I – conceito, fontes, formação*, Coimbra, Almedina, 2005;

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *O Herdeiro Legitimário*”, ROA, 1997, n.º 57, Vol. I págs., 5 e ss;

ALARCÃO, RUI DE, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, Coimbra, ATLÂNTIDA EDITORA, S.A.R.L, 1971, Vol. I;

ANDRADE, A. DOMINGUES DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Almedina, 2003, Vol. II, (9ª Edição);

BRAGA, ARMANDO, *Contrato de Compra e Venda – Estudo Prático, Doutrina e Jurisprudência*, Porto, Porto Editora, 1991, (2ª Edição);

BARREIROS, JOSÉ ANTÓNIO, “*A Partilha em vida no Código Civil*”, ROA, 1977, n.º 37, págs., 585 e ss;

CRISTAS, ASSUNÇÃO, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, NEVES, VITOR PEREIRA, *Transmissão da Propriedade e Contrato*, Coimbra, Almedina, 2001;

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, “*A Família como Grupo: As duas agonias do Direito da Família*”, in ROA, 1994, n.º 54, págs., 915 e ss;

- “*O Estatuto Sucessório do cônjuge sobrevivente*”, in ROA, 1990, n.º 50, Vol. II, págs., 449 e ss;

- “*Parentesco, Casamento e Sucessão*”, in ROA, 1985, n.º 45, Vol. I, págs., 13 e ss;

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *História do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2005, (3ª Edição);

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra, Almedina, 2000;

CHAVES, JOÃO QUEIROGA, *Heranças e Partilhas, Doações e Testamentos*, Lisboa, Quid Juris – Sociedade Editora, 2009, (2ª Edição);

DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *Lições de Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2010;

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil – Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, (5ª Edição);

- *Lições de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, Sociedade Editora, 2008 (3ª Edição);

GONÇALVES, ABÍLIO, “*Sucessão Testamentária*”, ROA, ano 45º, 1985, Vol. I, págs., 247;

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992;

- “*Ignorare legis est lata culpa – Breves Considerações a respeito da aplicação do artigo 291º do Código Civil*” – in *Festschrift für CLAUS-WILHELM CANARIS zum 70. Geburtstag*, München, Verlag C.H. Beck, 2007;

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações: contratos em especial*, Coimbra, Almedina, 2010 (7ª Edição);

LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. I, colaboração de MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, Coimbra, Coimbra Editora, 1987;

- *Código Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, (3ª Edição);

MACEDO, UBIRATAN BORGES DE, *Liberalismo e Justiça Social*, São Paulo, IBRASA Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda, 1995;

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das Obrigações – Parte Especial*, Coimbra, Almedina, 2010, (2ª Edição);

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, “*Venda de Padrasto a Enteadado*”, CJ, XIX, 1994, Tomo IV, p., 5 e ss;

NETO, ABÍLIO, *Código Civil Anotado*, Lisboa, EDIFORUM – Edições Jurídicas, Lda, 2010 (17ª Edição);

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Contrato de Compra e Venda: Noções Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2007;

- *Direitos dos Contratos Civis*, Braga, AEDUM, 2006;

- *Direito das Obrigações*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005;

OLIVEIRA, CARLA PATRÍCIA PEREIRA, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, (3ª Edição);

PINTO, MARTA G., *A Venda a Descendentes e o Princípio da Liberdade Contratual*, Dissertação de Mestrado da Universidade Católica do Porto, Porto, 2009;

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *Direitos dos Contratos - Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

- *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1999;

ROPPO, ENZO, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988;

SARAIVA, JOSÉ H., *O Problema do Contrato*, LIVRARIA FERNANDO MACHADO, Lisboa, 1950;

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002 (4ª Edição);

- *Sucessões, Parte Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

- *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

- “*Contratos Civis (Projecto completo de um título do futuro Código Civil Português e respectiva Exposição de Motivos)*”, BMJ, 83, págs. 113 e ss;

- “*Venda a Descendentes e o Problema da Superação da Personalidade Jurídica das Sociedades*”, ROA, ano 39, Vol. III, 1979, págs. 513 e ss;

VENTURA, RAÚL, “*Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Efeitos essenciais do contrato de compra e venda. A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa*”, ROA, ano 43º, Vol. III, 1983, págs. 587 e ss.;

- “*Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Proibições de Compra e Venda. Venda de bens futuros, venda de bens de existência ou de titularidade incerta. Venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medida*”, ROA, ano 43º, Vol. II, 1983, págs. 261 e ss;

- “*O Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Venda de Bens Alheios – Venda com Expedição*”, ROA, ano 40, 1980, Vol. II, págs 305 e ss;

VEIGA, MIGUEL, “*A Crise de Confiança nos Contratos*”, ROA, ano 59, 1999, Vol. II, págs., 797 e ss;

VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, *Negócio Jurídico - Anotação ao Regime do Código Civil (Artigos 217º a 295º)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;

Bibliografia consultada através da Internet:

CANOTILHO, JOAQUIM JOSÉ GOMES, “*Estado de Direito*”, p., 15, Consultado em 10.01.2012, disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>

FERREIRA, JUSSARA SUZI ASSIS BORGES N., “*Teoria Crítica do Negócio Jurídico*”, Consultado em 25.11.2011, p., 5., disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Jussara_F.pdf

LEONARDO, RODRIGO XAVIER, “*A Função Social dos Contratos: ponderações após o primeiro biénio de vigência do Código Civil*”, Consultado em 17.11.2011, disponível em: <http://www.losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>

NETO, FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL, “*Autonomia Privada*”, Consultado em 14.12.2011, disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>

ROSA, MARIA e VALENTE, SARA, *“Diferença entre Nulidade e Anulabilidade”*, Consultado em 08.03.2012, disponível em: http://hugolancassocial.blogspot.pt/2007/11/diferena-entre-nulidade-e-anulabilidade_29.html

REVISTA VISÃO, *“O meu filho preferido”*, de 15.12.2011, Consultada em 15.12.2011, disponível em: www.visao.pt

RUI DE ALARCÃO, *“Efeito da Confirmação dos Negócios Anuláveis”*, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 1978, Vol. IV, Consultado em 08.03.2012, disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RuiA1978.pdf

RUI DE ALARCÃO, *“Sobre a Invalidade do Negócio Jurídico”*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, elaborados com base em notas de uma lição proferida pelo autor no concurso para professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, em Outubro de 1977, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1983, III IUBIDICA., p., 39, Consultado em 08.03.2012, disponível em: http://www.uc.pt/fduc/corpo_docente/galeria_retratos/rui_alarcao/pdf/homenagem_teixeira_ribeiro_1983.pdf

VELOSO, ZENO, *“Venda de Ascendente a Descendente”*, Consultado em 20.10.2011, disponível em: www.soleis.adv.br

Jurisprudência citada:

Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão do STJ de 04.07.1995, Processo n.º 86 839, Sampaio da Nóvoa (Relator), BMJ, n.º 449, disponível em: http://www.lis.ulsiada.pt/old/auditor/seguero/documentos/analogiabmj_449_325.pdf

- Acórdão do STJ de 27.11.2007, Processo n.º 07B3618, Santos Bernardino (Relator), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5e79a28740e1ac54802573a000416c79?OpenDocument>
- Acórdão do STJ de 30.11.2010, Processo n.º 2135/04.1TBPV2.P1.S1, Hélder Roque (Relator), disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/929387f98c2c7898802577f4004f7793?OpenDocument>
- Acórdão do STJ de 29.05.2012, Processo n.º 4146/07.6TVLSBL1.S1, Salazar Casanova (Relator), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/82fbc884bf6c4af580257a0f005a481c?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Lisboa

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.06.2008, Processo n.º 6575/2008-6, Fernanda Isabel Pereira (Relator), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/80131aec9e5cb366802574ef005aaa9b?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Coimbra

- Acórdão inédito do Tribunal da Relação de Coimbra de 06.09.2011

Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.02.2010, Processo n.º 4179/07.2TBPRD.P1, Anabela Dias da Silva (Relator), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/5c2dd352eaa2ca57802576c8004f85ef?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27.09.2011, Processo n.º 1424/09.3TBGDM.P1, Rodrigues Pires (Relator), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/a5555cc9a99f672080257922004e94e1?OpenDocument>